

Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión

Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão

Derecho Internacional Privado | Direito Internacional Privado



RSTPR

Año 4 - Nº 7
2016

Asunción
República
del Paraguay

LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL COMO REQUISITO PARA EL RECONOCIMIENTO DEL FALLO EXTRANJERO

Eduardo Tellechea Bergman

ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL DEL MERCOSUR

Sara Lidia Feldstein de Cárdenas

ARBITRAGEM INTERNACIONAL E A NOVA LEI PARAGUAIA DE CONTRATOS INTERNACIONAIS

José Antonio Moreno Rodríguez

NUEVOS DESARROLLOS EN LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL

Ignacio Goicoechea

DIÁLOGO DE FUENTES: LAS NORMAS REGIONALES DEL MERCOSUR Y LAS NUEVAS DISPOSICIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

Luciana Beatriz Scotti

CONSTITUCIONALIZAÇÃO E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NO BRASIL

Raphael Carvalho de Vasconcelos

DOS BENS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO: ANÁLISE DAS REGRAS DE QUALIFICAÇÃO DISPOSTAS PELO DIREITO BRASILEIRO

Carla Volpini e Jamile Bergamaschine Mata Diz

BASES NORMATIVAS DE LOS CONFLICTOS INTERNOS DE LEYES EN LA ESPAÑA ACTUAL

María Teresa Alcolado Chico

INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA: CONTRIBUIÇÃO PARA FORTALECIMENTO DO MERCOSUL

Sabrina Becue

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA *LIS PENDENS* EN LA LITIGACIÓN INTERNACIONAL

Tatiana de A F R Cardoso Squeff e Vanessa de Oliveira Bernardi

APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO PELO JUIZ NACIONAL

Frederico Glitz

CONTRATOS INTERNACIONAIS DE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE MERCADORIAS À LUZ DAS RECENTES ALTERAÇÕES DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Camilla Capucio e Fernanda Araujo Kallas e Caetano

O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DAS SUCESSÕES NO BRASIL

André de Carvalho Ramos

A SUCESSÃO SOBRE BENS IMÓVEIS SITUADOS NO BRASIL E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Inez Lopes e Ana Viola Sousa

O BENEFÍCIO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA A ESTRANGEIROS NO BRASIL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Marcos Vinicius Torres Pereira

PACTO DE EXCLUSIVIDAD DESDE LA ÓPTICA DE LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE COMPETENCIA

Linda Ríos Montania

MANUSCRITO SOBRE UNA PROCURA DE PAZ EN COLOMBIA

Raúl Gustavo Ferreyra

RSTPR

Rev. secr. Trib. perm. revis.

Año 4, N° 7, 2016

ISSN: 2307-5163 (impreso)

ISSN: 2304-7887 (en línea)

Av. Mcal. López 1141 casi Gral. Melgarejo
CP 1532, "Villa Aucinera"
Teléfono: 595 21 221411

Asunción, República del Paraguay

Revista semestral de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión creada para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués.

Los artículos son inéditos, de rigor científico y se someten al análisis de un consejo técnico, bajo la modalidad *blind review*, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en la Norma Editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión busca construir un espacio académico jurídico y se reserva el derecho de rechazar el trabajo sobre temas estrictamente políticos o ideológicamente sensibles.

Revista semestral da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão criada para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas direta ou indiretamente relacionados ao direito do MERCOSUL, tais como o direito da integração, o direito das organizações internacionais, o direito internacional privado e o direito internacional geral.

Os idiomas da revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: português e espanhol.

Os artigos são inéditos e de rigor científico e se submetem à análise de um conselho técnico na modalidade *blind review*, ou seja, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e pesquisadores com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos apresentados. Sua identidade se mantém preservada e o parecer emitido é considerado da revista.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nas Normas Editoriais. Tais critérios de forma constituem - junto à análise de conteúdo - condição essencial de sua submissão à Equipe Editorial para que a publicação seja considerada.

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão busca constituir espaço acadêmico jurídico e se reserva o direito de rejeitar trabalhos sobre temas estritamente políticos ou ideologicamente sensíveis.

RSTPR is a law journal published twice yearly by the Secretariat of the Permanent Court of Revision of MERCOSUR. It releases articles on issues directly or indirectly related to the MERCOSUR and its law system, such as regional integration law, international organizations, private international law and, of course, general international law.

Its working languages are the official languages of MERCOSUR: Portuguese and Spanish.

Papers must be original and their scientific character is checked by ad hoc consultants. This technical board evaluates qualitatively the content and style of each submission under *blind peer review* principles. Professors, scholars and researchers with remarkable academic career take part on this board and are free to criticize, review, approve and disapprove the submitted articles. Their identity is preserved and the opinion is considered that of the journal.

Papers must meet the criteria and requirements established in the Author Guidelines to be considered by the editorial board for publication.

The Law Journal of the Secretariat of the Permanent Court of Revision intends to conform a space for academic production on law and reserves the right to reject any paper which contains strictly political or ideological opinions.



EDITOR JEFE

Juan Emilio Oviedo Cabañas, Tribunal Permanente de Revisión

EQUIPO EDITOR

Maidier Méndez, Tribunal Permanente de Revisión
Juan Emilio Oviedo Cabañas, Tribunal Permanente de Revisión

COORDINACIÓN TÉCNICA Y DIAGRAMACIÓN

Ruth Navarro, Tribunal Permanente de Revisión

SOPORTE DIGITAL

Manuel Fernández, Tribunal Permanente de Revisión

COLABORADORES

Mirzza Vargas, Tribunal Permanente de Revisión
Renata Cenedesi, Tribunal Permanente de Revisión

ISSN 2304-7887 (en línea)

ISSN 2307-5163 (impreso)

Año 4, N° 7, mayo 2016.



La reproducción total o parcial de esta publicación podrá ser hecha siempre que se cite la fuente.
Se agradece comentarios y/o sugerencias a través del correo revista@tprmercursosur.org.
Las opiniones contenidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de los autores.

A reprodução total ou parcial desta publicação é permitida sempre que citada a fonte.
Comentários e/ou sugestões são bem-vindos no correio eletrônico revista@tprmercursosur.org.
As opiniões contidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

CONSEJO EDITORIAL

- Alberto do Amaral Júnior, Universidade de São Paulo, Brasil
Alberto Manuel Poletti Adorno, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay
Alfredo Mario Soto, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Ana Cristina Paulo Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Antonio Celso Alves Pereira, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Antônio Pereira Gaio Júnior, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil
Atilio Alterini, In Memoriam
Augusto Jaeger, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil
Bruno Rodrigues de Almeida, In Memoriam
Calogero Pizzolo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Carlos Francisco Molina del Pozo, Universidad de Alcalá de Henares, España
Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Enrique C. Barreira, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Jorge Luiz Fontoura Nogueira, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil
José Antonio Moreno Rodríguez, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Paraguay
José Antonio Moreno Ruffinelli, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
José María Gamio, Tribunal Permanente de Revisión, Uruguay
Liliana Rapallini, Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Lilian del Castillo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Luiz Olavo Baptista, Universidade de São Paulo, Brasil
Marilda Rosado, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Miguel Angel Ciuro Caldani, Universidad Nacional de Rosario, Argentina
Nadia de Araújo, Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil
Natasha Suñé, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Noemí B. Mellado, Universidad Nacional de La Plata, Argentina
Paula Wojcikiewicz Almeida, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Brasil
Paulo Borba Casella, Universidade de São Paulo, Brasil
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Raphael Carvalho de Vasconcelos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil
Roberto Ruiz Díaz Labrano, Tribunal Permanente de Revisión/Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
Roque Silguero, Universidad Nacional de Formosa, Argentina
Sandra Cecilia Negro, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Santiago Deluca, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Sidney Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil
Silvina Barón Knoll, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina
Soledad Villagra de Biedermann, Universidad Nacional de Asunción, Paraguay
Susana Czar de Zalduendo, Universidad de Buenos Aires, Argentina
Umberto Celli Junior, Universidade de São Paulo, Brasil
Violeta Liliana Chantal González Valdez, Universidad Católica de Asunción, Paraguay
Wagner Menezes, Universidade de São Paulo, Brasil
Welber Barral, Tribunal Permanente de Revisión, Brasil
Wilson Nerys Fernández, Universidad de la República, Uruguay
Yeny Villalba, Universidad Columbia del Paraguay, Paraguay

IN MEMORIAM

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão lembra nesta edição, ao ilustre catedrático de Direito Internacional, Dr. Bruno Rodrigues de Almeida, como membro do Conselho Editorial, seus grandes aportes como avaliador e contribuição à RSTPR nos números 3 e 5.

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión recuerda en esta edición, al ilustre catedrático de Derecho Internacional Dr. Bruno Rodrigues de Almeida, como miembro del Consejo Editorial, sus grandes aportes como revisor y contribución a la RSTPR en los números 3 y 5.

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN - APRESENTAÇÃO

Juan Emilio Oviedo Cabañas 9

PRÓLOGO

Roberto Ruiz Díaz Labrano 11

ARTÍCULOS ORIGINALES - ARTIGOS ORIGINAIS

La jurisdicción internacional como requisito para el reconocimiento del fallo extranjero. Necesidad de una nueva regulación en el ámbito interamericano

Eduardo Tellechea Bergman 17

Armonización del derecho contractual del MERCOSUR: ¿una misión imposible?

Sara Lidia Feldstein de Cárdenas 40

A arbitragem internacional e a nova lei paraguaia de contratos internacionais

José Antonio Moreno Rodríguez 97

Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial

Ignacio Goicoechea 127

Diálogo de fuentes: las normas regionales del MERCOSUR y las nuevas disposiciones del derecho internacional privado argentino

Luciana Beatriz Scotti 152

Constitucionalização e direito internacional privado no Brasil

Raphael Carvalho de Vasconcelos 185

Dos bens no direito internacional privado brasileiro: análise das regras de qualificação dispostas pelo direito brasileiro

Carla Volpini e Jamile Bergamaschine Mata Diz 206

Las bases normativas de los conflictos internos de leyes en la España actual

María Teresa Alcolado Chico 226

Insolvência transfronteiriça: contribuição para fortalecimento do MERCOSUL

Sabrina Becue 247

Nuevas perspectivas de la *lis pendens* en la litigación internacional: el caso de la reestructuración del Código de Proceso Civil brasileño

Tatiana de A F R Cardoso Squeff e Vanessa de Oliveira Bernardi 262

A aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional: o caso da jurisprudência brasileira <i>Frederico Glitz</i>	280
Os contratos internacionais de importação e exportação de mercadorias à luz das recentes alterações da legislação brasileira <i>Camilla Capucio e Fernanda Araujo Kallas e Caetano</i>	292
O direito internacional privado das sucessões no Brasil <i>André de Carvalho Ramos</i>	307
A sucessão sobre bens imóveis situados no Brasil e o direito internacional privado <i>Inez Lopes Matos Carneiro de Farias e Ana Maria Viola de Sousa</i>	325
O benefício de gratuidade de justiça a estrangeiros no Brasil e o novo código de processo civil brasileiro <i>Marcos Vinicius Torres Pereira</i>	360
El pacto de exclusividad desde la óptica de la nueva Ley de Defensa de Competencia <i>Linda Ríos Montaña</i>	378
APORTE ESPECIAL - CONTRIBUIÇÃO ESPECIAL Manuscrito sobre una procura de paz en Colombia <i>Raúl Gustavo Ferreyra</i>	393
NORMA EDITORIAL	430

PRESENTACIÓN

A inicios de este conmemorativo 2016, en que se celebra el 25° aniversario de la firma del Tratado de Asunción que dio origen al Mercado Común del Sur – MERCOSUR, asumí el cargo de Secretario del Tribunal Permanente de Revisión tomando además, el reto de ser Editor Jefe de la Revista de la Secretaría del Tribunal.

Este desafío cobra verdadera importancia, al convertirse la publicación en un instrumento de difusión del derecho internacional; además de consolidarse como puente invisible, pero concreto, entre la academia y la Secretaría del Tribunal. Así, la RSTPR, cumple su cuarto año de vigencia como herramienta de integración, siendo la única publicación de su tipo en el MERCOSUR, con certificaciones en índices de revistas internacionales¹.

Me permito hacer una especial mención al Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos – anterior Secretario del Tribunal – quién logro concretar el proyecto de la revista, y que se destacó como primer Editor Jefe de la misma. Sin duda, continuar la labor iniciada por el Dr. Carvalho de Vasconcelos es un gran honor y un legado de responsabilidad con la publicación.

Este séptimo número de la RSTPR, está dedicado al Derecho Internacional Privado. Como Secretario del Tribunal extiendo mis agradecimientos, a cada uno de los autores que contribuyeron con sus artículos, y en particular al Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano, Árbitro Titular por la República del Paraguay, quién con su guía y experiencia, ha ayudado de manera significativa a consolidar esta edición. No menos importante es agradecer al equipo de trabajo de la RSTPR, soporte institucional para cada número.

Dar continuidad a la revista, es dar continuidad y mantener latente al derecho internacional en el MERCOSUR. Seguir impulsando su crecimiento, una prioridad para esta gestión.



Juan Emilio Oviedo Cabañas
Secretario del TPR

¹ CrossRef, Latindex, SciELO, CAPES QUALIS Categoría B1, DOAJ, REDIB.

APRESENTAÇÃO

Aos inícios deste comemorativo 2016, em que celebra-se o 25º aniversário da assinatura do Tratado de Assunção que deu origem ao Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, tomei posse do cargo de Secretário do Tribunal Permanente de Revisão recebendo também, o reto de ser Editor Chefe da Revista da Secretaria do Tribunal.

Este desafio cobra uma verdadeira importância, ao converter-se a publicação numa ferramenta de difusão do direito internacional; além de se consolidar como ponte invisível, mas concreta, entre a academia e a Secretaria do Tribunal. Deste modo, a RSTPR, cumpre seu quarto ano de vigência como ferramenta de integração, sendo a única publicação de seu tipo no MERCOSUL, com certificações em índices de revistas internacionais¹.

Permito-me fazer uma especial menção ao Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos – anterior Secretário do Tribunal – quem logrou concretizar o projeto da revista, e que se destacou como o primeiro Editor Chefe da mesma. Sem dúvida, continuar a labor iniciada pelo Dr. Carvalho de Vasconcelos é uma grande honra e um legado de responsabilidade com a publicação.

É meritório fazer alusão ao apoio e as orientações acadêmicas brindadas pelo Dr. Roberto Ruiz Díaz Labrano, Árbitro Titular pela República do Paraguai; que com sua guia e vasta experiência, ajudou grandemente a consolidar esta edição.

Este sétimo número da RSTPR, está dedicado ao Direito Internacional Privado. Como Secretário do Tribunal, faço agradecimentos a cada um dos autores que contribuíram com seus artigos para esta edição, e por cuja deferência a Secretaria do TPR se sente honrada. Não menos importante é agradecer à equipe do trabalho da RSTPR, suporte institucional para cada número.

Dar continuidade à revista é dar continuidade e manter latente o direito internacional no MERCOSUL. Continuar promovendo seu crescimento, uma prioridade desta gestão.



Juan Emilio Oviedo Cabañas
Secretário do TPR

¹ CrossRef, Latindex, SciELO, CAPES QUALIS Categoria B1, DOAJ, REDIB.

PRÓLOGO

El Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR se complace en presentar este ejemplar de su revista dedicado en este número al Derecho Internacional Privado. La respuesta a la convocatoria ha sido extraordinaria y las colaboraciones se convierten en un homenaje a los veinte y cinco años del MERCOSUR.

Entre los destacados juristas que nos honran con sus colaboraciones, me permito destacar, sin desmedro a la calificación de los demás, la participación de Eduardo Tellechea Bergman, Sara Feldstein de Cárdenas, José Antonio Moreno Rodríguez e Ignacio Goicoechea. Sus contribuciones confirman los méritos que han acumulado y que la colectividad intelectual les agradece y reconoce. Se suman otros juristas, por supuesto no menos meritorios, como Luciana Scotti, Raphael Carvalho de Vasconcelos y varios referentes académicos e investigadores.

La temática es variada lo que hace amena la lectura, Tellechea un especialista en la materia, aborda el control de la jurisdicción internacional para el reconocimiento de fallos extranjeros y la necesidad de nuevas regulaciones convencionales, tendientes a garantizar la circulación internacional de las sentencias como protección de los derechos de los justiciables.

En la misma línea de la cooperación jurídica internacional, que “se hace indispensable para garantizar la seguridad jurídica y el acceso a la justicia, generando un impacto concreto en el desarrollo de los negocios internacionales”, según opinión del autor que compartimos, hemos incorporado un valioso aporte de Goicoechea quien enriquece su trabajo con amplias referencias a las redes de cooperación.

Destacando la notable intensificación del comercio internacional que genera el aumento exponencial de las relaciones jurídicas privadas internacionales, Feldstein de Cárdenas, con la profundidad que la caracteriza, encara la temática de las obligaciones contractuales que “se erige por sus notas distintivas en el instrumento jurídico irremplazable de la circulación de la riqueza”, aborda el tema con abundante doctrinaria, jurisprudencia y un estudio comparativo del sistema regional.

Haciendo énfasis en la modificación de la reciente y novedosa ley paraguaya sobre contratos internacionales (2015) Moreno Rodríguez, clarifica el cambio sustancial producido y su visión de la aplicación de este instrumento en el arbitraje, lo hace con su acostumbrada seriedad y solvencia. Scotti, une su vocación por el derecho internacional privado

y la integración para brindarnos el resultado de una investigación minuciosa, ocupándose de las disposiciones de Derecho Internacional Privado argentino que han tenido por fuente o se han inspirado en normas adoptadas en el MERCOSUR.

Desde España, María Teresa Alcolado Chico, entrega un valioso aporte sobre las bases normativas de los conflictos internos de leyes en la España actual y en un enfoque propio de su formación, tanto en derecho internacional público como privado. Vasconcelos, encara la discusión acerca del derecho internacional privado bajo la perspectiva constitucionalista y la evolución de los derechos fundamentales en las constituciones brasileñas y el derecho internacional privado.

La regulación de los bienes en el Derecho Internacional Privado de Brasil, es encarado por Jamile Bergamaschine Mata Diz y Carla Volpini, enfocan los criterios para la calificación y la determinación de la ley aplicable a los bienes. Sabrina Becue, nos presenta un tema siempre complejo, el de la insolvencia transfronteriza, un trabajo finamente elaborado. Tatiana de Almeida y Vanessa de Oliveira Bernardi, abordan las nuevas perspectivas de la litis pendencia en los litigios internacionales, observados a partir de la reforma del Código Procesal Civil brasileño.

La aplicación del derecho extranjero con referencias a la jurisprudencia brasileña, una cuestión siempre compleja es el trabajo de Frederico Glitz. A su vez Camilla Capucio y Fernando Araujo Kallas se ocupan de los contratos internacionales de importación y exportación de mercaderías, encarados a partir de las recientes modificaciones de la legislación brasileña.

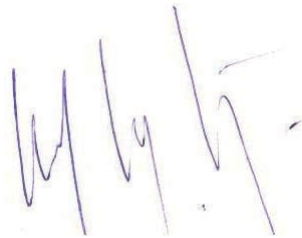
Dos interesantes aportes sobre los bienes situados en el Brasil y el derecho internacional privado, son las contribuciones efectuadas por André de Carvalho Ramos, con un enfoque más general e Inez Lopes Matos Carneiro y Ana Maria Viola de Sousa, con un enfoque más específico, ambos artículos se complementan y enriquecen la presente revista.

El beneficio de litigar sin gastos o de la gratuidad de la justicia para los extranjeros en el Brasil, teniendo presente el nuevo código procesal civil, es el artículo de Marcos Vinicius Torres Pereira. Por último Linda Ríos, una joven investigadora, nos ha presentado un interesante trabajo sobre agencia, distribución y representación y los problemas jurídicos que derivan de la aplicación de la Ley N° 194/93 frente a la ley de defensa de la competencia.

Por último, bajo el título de aporte especial, si bien no en la línea del Derecho Internacional Privado, tenemos el excelente artículo de un miembro de este Tribunal, el distinguido jurista y constitucionalista Raúl Gustavo Ferreyra. En su presentación hace énfasis en su “ciudadanía sudamericana”, expresando la amplitud de su vocación jurídica y su preocupación sobre cuestiones que van más allá de su país, efectúa en este número un aporte especial, un manuscrito sobre una procura de paz

en Colombia, que lo dedica al Prof. Dr. Julio J. Maier por su compromiso hacia la paz. Lo hemos incluido al margen de la temática general del número, porque es una pieza valiosa que queremos compartir con nuestros lectores.

Demás está decir que agradecemos todas las colaboraciones para este número de la revista, que junto con las anteriores, contribuyen para hacer de la Revista del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR, uno de los medios actuales más valiosos de difusión de doctrina e investigación sobre temas internacionales, derecho comunitario y de la integración.



Roberto Ruiz Díaz Labrano
Miembro Titular del TPR

PRÓLOGO

O Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL tem o prazer de apresentar este exemplar da sua revista dedicado ao Direito Internacional Privado. A resposta à convocatória foi extraordinária e as colaborações se convertem em uma homenagem aos vinte e cinco anos do MERCOSUL.

Entre os destacados juristas que nos dão a honra de apresentar as suas colaborações, eu destaco, sem diminuir a qualificação dos demais, a participação de Eduardo Tellechea Bergman, Sara Feldstein de Cárdenas, José Antonio Moreno Rodríguez e Ignacio Goicoechea. Suas contribuições confirmam os méritos que acumulam e que a coletividade intelectual agradece e reconhece. A estes se somam outros juristas, por suposto não menos meritórios, como Luciana Scotti, Raphael Carvalho de Vasconcelos e vários referentes acadêmicos e investigadores.

A temática é variada, o que faz da leitura agradável; Tellechea, um especialista na matéria, aborda o controle da jurisdição internacional para o reconhecimento de sentenças estrangeiras e a necessidade de novas regulamentações convencionais, tendentes a garantir a circulação internacional das sentenças como proteção dos direitos dos justicáveis.

Na mesma linha de cooperação jurídica internacional, que “se faz indispensável para garantir a segurança jurídica e o acesso à justiça gerando um impacto concreto no desenvolvimento dos negócios internacionais”, segundo opinião do autor que compartilhamos, incorporando ademais um valioso aporte de Goicoechea quem enriquece o seu trabalho com amplas referências às redes de cooperação.

Destacando a notável intensificação do comércio internacional que gera o aumento exponencial das relações jurídicas privadas internacionais, Feldstein de Cárdenas, com a profundidade que a caracteriza, encara a temática das obrigações contratuais que “se guia pelas suas notas distintivas no instrumento jurídico insubstituível da circulação da riqueza”, aborda o tema com abundante doutrina, jurisprudência e um estudo comparativo do sistema regional.

Fazendo ênfase à modificação da recente e inovadora lei paraguaia sobre contratos internacionais (2015) Moreno Rodríguez, esclarece a mudança substancial produzida e a sua visão da aplicação deste instrumento na arbitragem, o faz com a sua acostuada seriedade e solvência. Scotti une a sua vocação pelo direito internacional privado e a integração para nós brindar com o resultado de uma investigação

minuciosa que se ocupa das disposições do Direito Internacional Privado argentino que tiveram por fonte o se inspiraram nas normas adotadas no MERCOSUL.

Da Espanha, María Teresa Alcolado Chico, entrega um valioso aporte sobre as normativas dos conflitos internos de leis na Espanha atual, e num enfoque próprio da sua formação, tanto em direito internacional público, quanto o privado. Vasconcelos encara essa discussão sobre o direito internacional privado sob a perspectiva constitucionalista e a evolução dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras e o direito internacional privado.

A regulamentação dos bens no Direito Internacional Privado no Brasil é encarada por Jamile Bergamaschine Mata Diz e Carla Volpini ao focar os critérios para a qualificação e a determinação da lei aplicável aos bens. Sabrina Becue nos apresenta um tema sempre complexo, que é o da insolvência transfronteiriça; um trabalho finamente elaborado. Tatiana de Almeida e Vanessa de Oliveira Bernardi abordam as novas perspectivas da litispendência nos litígios internacionais, observados a partir da reforma do Código Processual Civil brasileiro.

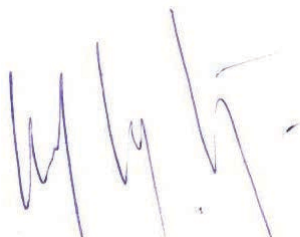
A aplicação do direito estrangeiro com referências à jurisprudência brasileira, uma questão sempre complexa é o trabalho de Frederico Glitz. Por sua vez, Camilla Capuccio e Fernando Araujo Kallas se ocupam dos contratos internacionais de importação e exportação de mercadorias, encarados a partir das recentes modificações da legislação brasileira.

Dois interessantes aportes sobre bens situados no Brasil e o direito internacional privado, são as contribuições efetuadas por André de Carvalho Ramos, com um enfoque mais geral e Inez Lopes Matos Carneiro de Farias e Ana Maria Viola de Sousa, com um enfoque mais específico, ambos os artigos se completam e enriquecem a presente revista.

O benefício de litigar sem gastos ou da gratuidade da justiça para os estrangeiros no Brasil, tendo presente o novo código processual civil, é o artigo de Marcos Vinicius Torres Pereira. Por último, Linda Ríos, uma jovem investigadora, que nos apresenta um interessante trabalho sobre a gerência, distribuição, representação e os problemas jurídicos que derivam da aplicação da Lei Nº 194/93 frente a lei de defesa da competência.

Por último, sob o título de aporte especial, ainda que não na linha do Direito Internacional Privado, temos o excelente artigo do membro deste Tribunal, o distinguido jurista e constitucionalista Raúl Gustavo Ferreyra. Na sua apresentação faz ênfase na sua “cidadania sul-americana”, expressando a amplitude da sua vocação jurídica e a sal preocupação sobre as questões que vão mais além do seu país; efetua neste número um aporte especial, um manuscrito sobre a procura da paz na Colômbia, que o dedica ao Prof. Dr. Julio J. Maier pelo seu compromisso pela paz. O artigo foi incluído à margem da temática geral do número, porque é uma peça valiosa que queremos compartilhar com nossos leitores.

Não é preciso dizer que agradecemos a todas as colaborações para este número da revista que, junto com as anteriores, contribuem para fazer da Revista do Tribunal Permanente de Revisão do MERCOSUL, um dos meios atuais mais valiosos de difusão da doutrina e investigação sobre temas internacionais, direito comunitário e de integração.



Roberto Ruiz Díaz Labrano

Membro Titular do TPR

LA JURISDICCION INTERNACIONAL COMO REQUISITO PARA EL RECONOCIMIENTO DEL FALLO EXTRANJERO. NECESIDAD DE UNA NUEVA REGULACION EN EL AMBITO INTERAMERICANO

A JURISDIÇÃO INTERNACIONAL COMO REQUISITO PARA O RECONHECIMENTO DA SENTENÇA ESTRANGEIRA. NECESSIDADE DE UM NOVO REGULAMENTO NO AMBITO INTERAMERICANO

*Eduardo Tellechea Bergman**

Resumen: *El presente trabajo analiza las soluciones consagradas por el Derecho Internacional Privado interamericano en materia de control de la jurisdicción internacional como requisito para el reconocimiento de los fallos extranjeros, poniendo énfasis en la necesidad de concretar en el ámbito continental nuevas regulaciones convencionales susceptibles de efectiva aprobación por los Estados con miras a asegurar la adecuada circulación internacional de las sentencias y la necesaria protección de los derechos de los justiciables.*

Resumo: *O presente trabalho analisa as soluções consagradas pelo Direito Internacional Privado interamericano, respeitante ao controlo da jurisdição internacional como condição para o reconhecimento das sentenças estrangeiras, enfatizando a necessidade de se alcançar na área continental novos regulamentos suscetíveis de aprovação convencional eficaz pelos Estados, a fim de garantir a circulação internacional adequada das sentenças e a necessária proteção dos direitos dos justiciáveis.*

Palabras clave: Reconocimiento de fallos extranjeros, Jurisdicción internacional, Jurisdicción internacional directa, Jurisdicción

* Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo. Director del Instituto Uruguayo de Derecho Internacional Privado. Director años 1985 - 2011 de la Autoridad Central de Cooperación Jurídica del Uruguay. E-mail: eduardotellecheab@gmail.com

internacional indirecta, Criterios atributivos de jurisdicción internacional
Palavras-chave: Reconhecimento das sentenças estrangeiras, Jurisdição internacional, Jurisdição direta, Jurisdição indireta, Critérios atributivos de jurisdição internacional

1. INTRODUCCIÓN. JURISDICCIÓN, JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

La potestad jurisdiccional,

...actividad pública realizada por órganos competentes nacionales o internacionales, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se aplica el orden jurídico establecido para dirimir conflictos y controversias mediante decisiones susceptibles de adquirir autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución...

Como la definiera Couture¹, refiere al poder-deber atribuido a órganos estructuralmente imparciales para excluir la insatisfacción jurídica². Potestad estatal resultante de la soberanía, que se conjuga con la coexistencia de pluralidad de Estados cada uno titular de sus propios cometidos en la materia³, por lo que la jurisdicción internacional delimita entre los Estados la potencia para resolver los litigios planteados y da respuesta a la distribución de dicha potestad en el espacio⁴.

La jurisdicción internacional no somete la relación controvertida al imperio de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de un país, sino que determina, como precisara Morelli, las situaciones jurídicas sujetas a la potestad jurisdiccional del Estado⁵. Conflicto de leyes y conflicto de jurisdicciones refieren en consecuencia a cuestiones distintas, aun cuando con fuerte vinculación entre ellas. Al respecto cabe advertir que entre jurisdicción internacional y derecho aplicable

1 COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico con especial referencia al derecho procesal uruguayo*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1960, p. 381. El autor también ha definido la jurisdicción como: "la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado". Procedimiento Primer Curso. Organización de los Tribunales. Montevideo: ed. Medina, s/f, p. 22.

2 BARRIOS de ANGELIS, Dante. "Teoría General del Proceso. Enseñanza de la misma". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República*. 1967, tomo XVIII, p. 120.

3 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Derecho Internacional Privado*. Montevideo: La Ley-Uruguay, 2010, p. 111.

4 RIGAUX, François. *Derecho Internacional Privado. Parte general*, trad. de BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría. Madrid: Civitas, 1985, p.174-175. En el mismo sentido, VESCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el MERCOSUR y América*. Montevideo: Idea, 2002, p. 31.

5 MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*, trad. de SENTÍS MELENDO, Santiago. Buenos Aires: EJE, 1953. (Colección del Proceso), p. 83.

existe una íntima conexión que no implica la existencia de un modelo por el que el juez actuante deba aplicar necesariamente su propio derecho, pero sí, que el magistrado deba atenerse a lo dispuesto por su sistema de Derecho Internacional Privado aplicable al caso⁶. En tal sentido Ciuro Caldani señala que el juez aplica a la situación planteada su DIPr. que le ha de indicar a su vez el derecho aplicable, por lo que la relación entre jurisdicción internacional y regulación del caso mixto es estrecha, resultando relevante determinar el país cuyos jueces han de ser competentes pues así se conocerá el DIPr. aplicable y a través del mismo qué derecho habrá de regularlo⁷; posición coincidente es sostenida por la colega Prof. Fresnedo de Aguirre⁸.

2. RELEVANCIA DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El incremento de las relaciones privadas internacionales acaecido en las últimas décadas ha sido acompañado de un paralelo crecimiento de los litigios suscitados en torno a las mismas, realidad determinante de la importancia actual de la dimensión jurisdiccional del caso privado internacional y dentro de ella, de las cuestiones referidas a la jurisdicción internacional. Ésta en tanto distribución de las situaciones atinentes a las relaciones privadas internacionales entre las distintas jurisdicciones nacionales constituye una pieza clave en el acceso y la realización de la justicia, conformando un capítulo relevante en el actual DIPr.⁹, crecientemente preocupado por la tutela de los derechos de los justiciables¹⁰. En éste sentido precisa Opertti que una de las tareas esenciales del DIPr. es dar respuesta a la interrogante de los justiciables referida a determinar ante qué jurisdicción deben plantear su reclamo¹¹ y Ciuro Caldani, en valiosa actualización de la obra goldschmidtiana, “a través de Goldschmidt, pero más allá de Goldschmidt”, como la

6 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “La autonomía de la voluntad en la contratación iusprivatista internacional contemporánea”. *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*. 1984, vol. 29-30, p. 82.

7 CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Derecho internacional procesal y derecho procesal de extranjería: Jurisdicción internacional”. En: PERUGINI ZANETTI, Alicia y GOLSCHMIDT, Werner (ed.). *Derecho Internacional Privado*. 10ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 875-876.

8 FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia. *Curso de Derecho Internacional Privado: Parte especial*. Montevideo: FCU, 2009, tomo II, p. 168-169.

9 AUDIT, Bernard. “Le droit international privé en quête d’universalité”. En: *Cours général de droit international privé*. Recueil des Cours. La Haye. Académie de Droit International, 2003, vol. 305, p. 478.

10 En similar sentido, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. “Propuesta para una evolución deseable de la competencia judicial internacional”. En: OYARZÁBAL, Mario J. A. (ed.). *Derecho Procesal Transnacional. Homenaje al Prof. Dr. Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires: Ábaco, 2012, p. 142-45.

11 OPERTTI BADAN, Didier. “Algunas reflexiones sobre jurisdicción internacional y jurisdicción exclusiva.” En: OYARZÁBAL, Mario J. A. (ed.). *Derecho Procesal Transnacional. Homenaje al Prof. Dr. Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires: ed. Ábaco, 2012.

calificara Alicia Perugini, precisa que “una más amplia comprensión de lo jurídico y la atención a sus aspectos prácticos y a la utilidad, llevan hoy, a nuestro parecer, a abarcar en el sector nuclear (del DIPr.) el conflicto de jurisdicciones...”¹².

3. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL DIRECTA E INDIRECTA

La jurisdicción suscita en la dimensión procesal de las situaciones privadas internacionales dos interrogantes básicas: ¿ante los jueces de qué Estado ha de corresponder incoar una demanda vinculada a un caso privado internacional? y ¿los jueces de qué Estado son los que deben haber dictado un fallo para que éste se encuentre en condiciones que su eficacia sea reconocido en otro?¹³ La primera de las cuestiones refiere a la “jurisdicción internacional directa”, en tanto que la segunda a la “jurisdicción internacional indirecta” y aluden respectivamente al poder del Estado para conocer de una controversia sometida a sus tribunales y a la potestad de los tribunales de un país de producir un fallo en condiciones de obtener el reconocimiento en otro¹⁴. Conceptos vinculados a la apreciación de la jurisdicción internacional en dos momentos procesales distintos, al momento de plantearse la demanda o después de dictado el fallo¹⁵.

4. APRECIACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL INDIRECTA

En derecho comparado se acude a distintos criterios con finalidad de constatar el cumplimiento del requisito de la jurisdicción internacional indirecta. Existen sistemas que remiten a lo que disponga ya la legislación del Estado donde se invoca el fallo, calificación *lex fori*, ya el derecho del país de origen del mismo, calificación *lex causae*, y regulaciones que prevén soluciones específicas sobre jurisdicción internacional referidas al reconocimiento de las decisiones jurisdiccionales extranjeras.

La calificación *lex fori* en tanto determina la jurisdicción internacional del tribunal que dictó el fallo de acuerdo al derecho del país receptor del mismo, supone una solución restrictiva a la circulación internacional de las sentencias y consecuentemente a la adecuada protección del justiciable. Éste, habiendo obtenido una

12 CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Una concepción normológica de la ciencia del DIPr según corresponde desarrollarla en la actualidad”. Op. cit., p. 18.

13 BARTIN, Étienne Adolphe. *Études sur les effets internationaux des jugements*. París: Librairie générale de droit et jurisprudence, 1907.

14 GUTHERIDGE, Harold Cook. “Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles”. En: *Recueil des Cours*. La Haye: Académie de Droit International, 1933, vol 44, I, p. 111-198.

15 En conformidad, OPERTTI BADAN, Didier, “Algunas reflexiones sobre jurisdicción...”. Op. cit., p. 178.

decisión favorable en un juicio tramitado con todas las garantías del debido proceso, puede luego ver frustrados sus derechos cuando en el Estado donde se invoque el fallo el mismo no fuere reconocido en razón de haber sido dictado por tribunal que de acuerdo a la normativa de ese país careciere de jurisdicción para conocer de una causa que al plantearse quizás era absolutamente ajena al Estado donde la sentencia es invocada. No obstante los inconvenientes indicados éste es el criterio imperante a nivel interamericano y del MERCOSUR, acogido tanto por la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, artículo 2o., literal d, cuanto por el Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación Jurisdiccional Internacional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, Decisión CMC 05/92, artículo 20, literal c, que sigue las soluciones de aquella.

La apreciación *lex fori* de la jurisdicción internacional indirecta ha sido objeto de críticas severas, que compartimos, por la doctrina uruguaya. Quintín Alfonsín sostuvo que soluciones de este tipo son inconvenientes cuanto que el reconocimiento de la sentencia extranjera queda supeditado a lo que en definitiva disponga el Estado de cumplimiento¹⁶ y Opertti al analizar el tratamiento del tema a nivel interamericano, califica como “particularmente infeliz” la fórmula de la Convención interamericana de 1979, “al colocar en manos del juez del Estado donde se invoca la eficacia del fallo extranjero la regulación del requisito de la competencia según su propia ley”¹⁷.

Por las razones enunciadas nos pronunciamos por el abandono de fórmulas arcaicas, inapropiadas a la adecuada circulación internacional de las sentencias y propiciamos la adopción de soluciones favorables, salvo casos excepcionales de afectación de la jurisdicción exclusiva del foro requerido, al reconocimiento del fallo extranjero.

En el ámbito interamericano y regional pueden detectarse regulaciones, a profundizar, que a través de distinta metodología apuntan a facilitar la circulación internacional de las sentencias. Tales en el marco de las CIDIP, las Convenciones Interamericanas de La Paz de 1984 sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras y de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias, artículo 11, literal a; y en el MERCOSUR, los Protocolos de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, Decisión CMC 01/94 (en adelante Protocolo de Buenos Aires), artículo 14, “La jurisdicción como requisito para el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales” y, el aún no vigente, de Santa María

¹⁶ ALFONSIN, Quintín. “La ejecución extranacional de las sentencias en materia civil y comercial”. *Revista de Derecho Público y Privado*. 1951, tomo 26, 1951, p. 266 y ss.

¹⁷ OPERTTI BADAN, Didier. “La tercera conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado - CIDIP III”. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. 1984-2, p. 184.

sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo, Decisión CMC 10/96, artículo 12, “Jurisdicción indirecta”. A nivel europeo la preocupación por facilitar la circulación internacional de los fallos ha sido constante desde el Convenio de Bruselas de 1968 Relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil (en adelante Convenio de Bruselas de 1968), Título II, “Competencia judicial”, hasta el reciente Reglamento (UE) n°. 1215 de 12.12.2012, entrado en vigor el 10.1.2015, Relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil (en adelante Reglamento (UE) 1215/2012), Capítulo II, “Competencia”.

El Código General del Proceso de Uruguay, Libro Segundo, Título X, “Normas Procesales Internacionales”, Capítulo IV, “Del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras”, rechaza la calificación “*lex fori*” y consagra una apreciación “*lex causae*” de la jurisdicción internacional, respetuosa de los criterios atributivos de jurisdicción del Estado de origen del fallo¹⁸.

5. LÍMITE AL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL DE ORIGEN DEL FALLO. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EXCLUSIVA

Supone la atribución de potestad jurisdiccional en relación a un litigio o grupo de litigios a los tribunales de un Estado de modo excluyente para los demás, por lo que si éstos conocieren de tales casos la consecuencia ha de ser la denegación del reconocimiento de la sentencia que tales tribunales dicten. Barrios de Ángelis precisa que la condición de foro exclusivo supone la de ser un foro único cuantitativamente y excluyente cualitativamente, de toda otra jurisdicción¹⁹.

La jurisdicción exclusiva puede obedecer tanto a una real y estrecha conexión de la hipótesis jurisdiccional que la genera con el Estado que se atribuye la misma, cuanto a la existencia de intereses de diversa índole de los países para adjudicarse aquella. Frente a tendencias maximizantes del alcance de la jurisdicción exclusiva, consideramos que tanto a nivel normativo cuanto jurisprudencial, corresponde adoptar una interpretación cuidadosa que evite una expansión del concepto capaz de transformarlo en serio obstáculo al necesario reconocimiento y circulación internacional de las decisiones jurisdiccionales²⁰. Al

18 Solución que tiene origen en propuesta del Prof. Opertti, que junto al autor, tuviera a cargo a solicitud de la Comisión Redactora del Proyecto del Código (integrada por los Profs. Drs. Adolfo Gelsi Bidart, Luis Torello y Enrique Vescovi), la elaboración de las soluciones del Título X del Libro Segundo.

19 BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante. El Proceso Civil, Comercial y Penal de América Latina. Buenos Aires: Depalma, 1998, p.120.

20 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Derecho internacional...”. Op. cit., Título II,

respecto coincidimos con reflexiones del maestro Opertti, en carta que en relación al tema nos enviara en septiembre de 2002, en que la noción debe ser de interpretación estricta y su determinación debe quedar sujeta a criterios de racionalidad que deben tener en cuenta que

...la jurisdicción exclusiva no funciona como si fuera una autorización en blanco para rechazar el fallo extranjero sino como un mecanismo de defensa del orden jurídico nacional, cuando inequívocamente, estamos en presencia de una solución jurisdiccional que le atribuye al Estado uruguayo el conocimiento del asunto que se trata.

En esfuerzo por delimitar la invocación de jurisdicciones exclusivas, sectores de la doctrina restringen su procedencia a los casos en que la jurisdicción asumida por el tribunal extranjero afectare manifiestamente el orden público internacional del foro requerido. Tal, la propuesta del Prof. Goldschmidt en ocasión de la Primera Reunión de Expertos en Derecho Internacional Privado de Washington de 1980²¹.

En el derecho uruguayo dado que el Código General del Proceso, Libro Segundo, Título X, "Normas Procesales Internacionales", "Capítulo IV, "Del Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Extranjeras", artículo 539, "Eficacia de las sentencias", numeral 1.4, en solución favorable al reconocimiento de los fallos extranjeros consagra la calificación *lex causae* de la jurisdicción internacional del tribunal sentenciante sin otro límite que la "jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios", la delimitación de la misma adquiere trascendencia práctica insoslayable. En tal sentido y ante ausencia de una conceptualización normativa del instituto, resulta de especial importancia el consenso alcanzado por la doctrina nacional en instancia de elaboración del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado (en adelante, Proyecto de LGDIPr.), art. 60, "Jurisdicción exclusiva"²². Con igual finalidad restrictiva el Reglamento (UE) No. 1215/2012, realiza una enumeración taxativa de los foros de jurisdicción exclusiva, Capítulo II,

"Cooperación Jurisdiccional Internacional y Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras", II.II, "Eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros", 7.2, "Requisitos procesales", a.1, "Límite jurisdiccional al reconocimiento del fallo extranjero", p. 114 y 115.

²¹ GOLDSCHMIDT, Werner. "Informe del relator sobre bases de jurisdicción internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras". En: *Primera Reunión de Expertos en Derecho Internacional Privado*. Washington: OEA/Ser. K/XXI. 3, CIDIP III/5, p.103.

²² Artículo 60, "Jurisdicción exclusiva", "La jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República tiene carácter excepcional, debe interpretarse restrictivamente, y carece de fuero de atacción sobre otras cuestiones que puedan plantearse respecto al mismo asunto. En especial y a modo de ejemplo, se considera materia de jurisdicción exclusiva de la República las estrictamente concernientes a: derechos reales sobre bienes situados en ella, sistemas registrales organizados por ésta, régimen de protección de la propiedad intelectual e industrial en su territorio, y arrendamientos de bienes inmuebles situados en su territorio si fuere de aplicación el régimen estatutario".

“Competencia”, Sección 6, “Competencias exclusivas”, artículo 24.

6. TRATAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL INDIRECTA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO INTERAMERICANO

El tema es regulado por la Convención de Montevideo de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros al enumerar las condiciones exigidas para el reconocimiento de los fallos, art. 2o., literal d; así como por la Convención de La Paz de 1984 sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, que supuso un valioso intento a nivel continental de tratamiento particularizado y específico de la jurisdicción internacional en vigor, lamentablemente, únicamente entre México y Uruguay. La Convención de Montevideo de 1989 sobre Obligaciones Alimentarias en tanto sólo refiere a la jurisdicción internacional indirecta en relación a la prestación internacional de alimentos, en razón de dicho tratamiento acotado de la materia no será abordada en el presente estudio²³.

6.1. Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros²⁴

La Convención sujeta la jurisdicción internacional indirecta, artículo 2o. literal d, a lo dispuesto por la ley del Estado en el que el fallo es invocado. Calificación *lex fori* inadecuada para asegurar la mejor circulación internacional de las sentencias y la protección de los derechos del justiciable, objeto de severas críticas por la doctrina.

La solución convencional se aparta tanto de su antecedente directo, el Proyecto del Comité Jurídico Interamericano de fecha 21.1.1977, que sometía la apreciación de la jurisdicción internacional para el reconocimiento del fallo extranjero, artículo 1o, literal d, a lo que dispusiera “la legislación del respectivo Estado” de origen del fallo, calificación *lex*

23 La Convención se encuentra vigente entre Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Por un estudio pormenorizado de las soluciones convencionales puede verse del autor, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Las convenciones interamericanas sobre restitución internacional de menores y obligaciones alimentarias de Montevideo de 1989”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. 1990, año XXXI, n° 1-2, p. 107-169; Ídem, “El Moderno Derecho Internacional Privado Interamericano sobre Minoridad y Familia”. *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*. n° 5, p.113-131.

24 La Convención fue aprobada por Uruguay por Decreto-Ley 14.953 de 12.11.1079. Por un análisis de la Convención, ver del autor, TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Derecho internacional...”, Op.cit., Título II,II, “Eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros”, p. 68 y ss.

causae sin otro límite que la jurisdicción exclusiva del foro requerido²⁵; cuanto a las propuestas contenidas en los Proyectos presentados por las Delegaciones de Uruguay, Proyecto Opertti, y México, a la Comisión I de la CIDIP II, que tuviera a cargo el análisis del tema. El Proyecto de Uruguay, de fecha 26.4.1979, en el Capítulo V, “De los requisitos para el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera”, exigía dentro de aquellos de índole procesal, artículo 9o., numeral 1, “Provenir de juez o tribunal internacionalmente competente” y agregaba en el párrafo segundo del numeral, “En caso de existir nomas internacionales entre los Estados Partes en materia de competencia se estará a las mismas”²⁶, previendo asimismo ya en calidad de Protocolo a la Convención, ya como Capítulo 9o de ella, regulaciones especiales para la apreciación de la jurisdicción internacional indirecta. El Proyecto de México del 27.4.1979 contemplaba también criterios concretos en materia de jurisdicción indirecta²⁷. Empero los precedentes indicados y que en las sesiones de la Comisión I así como del Grupo de Trabajo conformado al respecto se analizaran las opciones indicadas, no se alcanzaron los consensos necesarios concluyéndose finalmente en apreciar la jurisdicción “de acuerdo a la ley del Estado donde la sentencia debe surtir efecto”²⁸.

No obstante la regulación convencional concluida, consideramos que de plantearse en un Estado Parte de la Convención el reconocimiento de una sentencia dictada en otro, en tanto se encuentre vigente entre ambos países algún convenio regulador de la jurisdicción internacional directa en la materia objeto del litigio, ha de corresponder que la sentencia sea reconocida como proveniente de tribunal competente. Y ello tanto en razón que para el derecho del Estado donde se invoca la decisión extranjera el tribunal que la dictó goza de jurisdicción por disponerlo así una norma convencional internalizada por su derecho, cuanto, a que sería fuera de toda lógica jurídica que entre países que han convenido que sus tribunales asuman jurisdicción dados determinados criterios, luego se puedan desconocer tales pronunciamientos en razón de falta de jurisdicción internacional de la sede sentenciante²⁹.

25 Actas y Documentos, Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II). vol. II. Washington: Secretaría General, Organización de Estados Americanos, 1980, p. 271-273.

26 El párrafo tercero del numeral 1 del artículo 9 de la propuesta uruguaya confiere al tribunal requerido la potestad de no reconocer la competencia del tribunal de origen “cuando, con arreglo a su propia legislación, la competencia por razón de materia esté atribuida exclusivamente a la jurisdicción de su propio Estado”, por el texto del Proyecto de Uruguay, ver documento indicado en nota anterior, p. 282-285.

27 Ver nota 25, p. 249 y 250.

28 ABARCA LANDERO, Ricardo. “Informe del Relator de la Comisión I.” En: *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II)*. Washington: Secretaría General, Organización de Estados Americanos, 1980, vol I, p. 247 - 252, especialmente, p. 249 y 250.

29 En coincidencia, el Proyecto uruguayo en el artículo 9, numeral 1, párrafo segundo, tal como se indicara, decía: “En caso de existir normas internacionales entre los Estado Partes en

6.2. Convención Interamericana de la Paz de 1984 sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras³⁰

6.2.1. Ámbito

La Convención trata de la jurisdicción internacional como requisito para el reconocimiento de los fallos extranjeros, por lo que resulta complementaria de la de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. En tal sentido el artículo 12 contempla la posibilidad que los Estados signatarios de la Convención de 1979 formulen declaraciones referidas a que las disposiciones del texto de 1984 serán aplicadas para apreciar el cumplimiento de la condición referida a la jurisdicción internacional del tribunal sentenciante exigida por el artículo 2o., literal d del Convenio de 1979. Sin perjuicio de la complementariedad señalada, la Convención de 1984 está abierta de manera general a los “Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos”, artículo 9, sin exigir que a su vez sean Partes de la Convención de 1979.

El Convenio no restringe disposiciones resultantes de otras convenciones vigentes entre las Partes o de prácticas más favorables, artículo 8. Principio de la “solución más favorable” consolidado en el ámbito de la cooperación interamericana por las Convenciones de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, artículo 15 y Recepción de Pruebas en el Extranjero, artículo 14 y de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, artículo 18 y especialmente recibido por las doctrinas de Argentina y Uruguay en ocasión XXV Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, Sección de Derecho Intencional Privado, La Plata, 26 y 27 de septiembre de 2013, Conclusión general 1.2: “En caso de pluralidad de fuentes en principio aplicables y sin perjuicio de las normas de compatibilidad y del derecho de los tratados en lo que fueren pertinentes, se deberá aplicar la norma más favorable a la cooperación judicial internacional”³¹.

La Convención resulta aplicable a las sentencias extranjeras dictadas por “órgano jurisdiccional de un Estado Parte”, art. 1o. y mediando

materia de competencia se estará a las mismas”.

30 La Convención, según se ha visto, únicamente fue aprobada por México y Uruguay, Ley 17.533 de 9.8.2002.

31 En el Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y en las Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional Privado celebradas en La Plata el 25.9.2013, que las precedieran, participaron junto al autor, los colegas Profs. Drs. Didier Operti y Cecilia Fresnedo de Aguirre. Los trabajos de la Sección de Derecho Internacional Privado del XXV Congreso de la AADI fueron abiertos por enjundioso Relato de la Prof. Dra. NOODT TAQUELA, María Blanca. “Aplicación de las normas más favorables a la cooperación judicial internacional”. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*. Córdoba, 2013, tomo XXII, p. 163-224.

declaración, artículo 7, a las resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridad que ejerza alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto refieran a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del delito. En cuanto a la cualidad jurisdiccional de la autoridad de la que emana el fallo entendemos que corresponde considerar órgano jurisdiccional a todo aquel que perteneciente o no al Poder Judicial tenga a cargo función jurisdiccional.

6.2.2. Exclusiones

La Convención excluye, artículo 6, un numeroso elenco de materias³² en búsqueda de eludir temas que bien por su complejidad, bien por su vinculación al orden público de los Estados, bien por referir a cuestiones en las que se constaran importantes diferencias entre los derechos de los países, la posibilidad de aunar acuerdos resultaba de difícil concreción. Exclusiones contempladas por los antecedentes, Bases de la Reunión de Expertos (en adelante, Bases), Base Decimoprimera³³ y Proyecto del Comité Jurídico Interamericano (en adelante, Proyecto del CJI), artículo 11, a las que el texto de la Paz agrega las referidas a los daños y perjuicios y a las cuestiones marítimas y aéreas.

A diferencia del Proyecto del CJI, artículo 11, párrafo final, que autorizaba a los Estados contratantes a declarar, en cualquier momento, que la Convención se aplicaría a una o más de las materias excluidas, el texto interamericano elimina tal posibilidad por haber entendido algunas Delegaciones que ciertas bases jurisdicciones habían sido acordadas precisamente en razón de las exclusiones convenidas³⁴.

6.2.3. Soluciones jurisdiccionales consagradas

La Convención prevé un amplio conjunto de criterios, dados los cuales el fallo extranjero cumple con la condición de haber sido dictado por tribunal competente en la esfera internacional.

32 Exclusiones enumeradas en once literales: “a) Estado civil y capacidad de las personas físicas; b) Divorcio, nulidad del matrimonio y régimen de bienes en el matrimonio; c) Pensiones alimenticias; d) Sucesión testamentaria e intestada; e) Quiebras, concursos, concordatos u otros procedimientos análogos; f) Liquidación de sociedades; g) Cuestiones laborales; h) Seguridad social; i) Arbitraje; j) Daños y perjuicios de naturaleza extracontractual; y k) Cuestiones marítimas y aéreas.

33 Como señala el Informe del Relator, Prof. Goldschmidt, los expertos coincidieron en la conveniencia de no incluir determinados temas como modo de facilitar los consensos, “Informe del relator...”, Op. cit., p. 104. Textos convencionales considerados al estudiarse el tema en la Reunión de Expertos de Washington, tales, Convenio de Bruselas de 1968, artículo 1; y Convenio de la Haya de 1.2.1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial, artículo 1, contemplan varias de las exclusiones previstas.

34 Tal, la posición del Delegado de Argentina, Prof. Boggiano, CIDIP III. Acta 10 Sesión, p.9.

6.2.3.1. Bases jurisdiccionales contempladas por el artículo 1

La disposición regula la jurisdicción internacional indirecta en materia de acciones personales patrimoniales; bienes muebles corporales; bienes inmuebles; y contratos mercantiles internacionales en los casos en que exista acuerdo escrito de prórroga de jurisdicción.

a. Acciones personales patrimoniales, artículo 1o., literal A

Respecto a estas acciones se adopta la terminología utilizada por el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940, artículo 56, párrafo tercero y en relación a las mismas se distinguen tres tipos: contra personas físicas o jurídicas; contra sociedades civiles o mercantiles de carácter privado y sucursales, agencia o filiales de dichas sociedades; y en materia de fueros renunciables, en los casos en que el demandado acepte la competencia del tribunal sentenciante.

a.1. Acciones contra personas físicas o jurídicas, artículo 1o., literal A, numeral 1

Atribuye jurisdicción al Estado Parte de origen de la sentencia a condición que el demandado, si fuere persona física, haya tenido domicilio o residencia habitual en él al momento de interposición de la demanda y si fuere persona jurídica, haya tenido en dicho país su establecimiento principal.

El foro del domicilio o residencia habitual del demandado constituye una jurisdicción consolidada en derecho comparado como foro general de amplio espectro. El criterio domiciliario, al igual que el de la residencia habitual, refiere al lugar donde la persona está afincada y donde usualmente administra y posee su patrimonio. Base jurisdiccional que facilita al actor de acciones personales patrimoniales la ejecución de la sentencia y al demandado le permite una adecuada defensa en juicio.

El domicilio en tanto concepto jurídico es susceptible de diferentes definiciones por los distintos ordenamientos nacionales, por lo que resulta conveniente la existencia de regulaciones convencionales que eviten multívocas interpretaciones por los Estados. En el ámbito interamericano la Convención de Montevideo de 1979 sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado cumple tal finalidad, como antes lo hicieran los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, Título II, "Del domicilio"³⁵. Respecto al momento procesal en que corresponde apreciar la realización de la

35 En el ámbito del MERCOSUR los Protocolos de Buenos Aires, artículo 9o., literal a; y de San Luis sobre Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito, artículo 2o., literal a, también definen de modo autárquico el domicilio de la persona física.

conexión, el numeral se afilia a un criterio de amplia aceptación por el cual la base jurisdiccional debe ser considerada al momento de la interposición de la demanda ³⁶.

En cuanto a las personas jurídicas, el numeral atribuye jurisdicción a los tribunales en donde éstas “hayan tenido su establecimiento principal”, concepto que habrá de examinarse en el próximo numeral.

a.2. Acciones contra sociedades civiles o mercantiles de carácter privado, artículo 1º, literal A, numeral 2

Confiere jurisdicción a los tribunales del Estado Parte donde las sociedades tuvieran su establecimiento principal al momento de entablarse la demanda o aquellos pertenecientes al Estado Parte donde las sociedades se hubieran constituido. La recepción del foro del Estado Parte del “establecimiento principal” como alternativa a la jurisdicción del Estado de constitución, responde a que habiéndose planteado en el seno de la Comisión II la existencia de sociedades que constituidas en países que facilitan su creación luego radican el centro de sus actividades en otro, no se consideró razonable limitar la jurisdicción a los tribunales del Estado de origen³⁷. Al respecto se recordó que la Convención de Montevideo de 1979 sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles ya se había ocupado de estos casos, permitiendo al Estado en el que la sociedad pretenda establecer la sede efectiva de su administración obligarla a cumplir con los requisitos exigidos por su legislación, artículo 5º.

En relación a la conexión “establecimiento principal” se advirtió en Comisión acerca de su sentido anfibológico, que podría conducir a que fuere interpretado ya como centro principal de la actividad o los negocios de la sociedad, ya como el lugar donde funciona su administración principal, habiendo propuesto el Delegado de Uruguay, Prof. Solari, la sustitución del concepto por el de “administración central”³⁸.

La referencia a sociedades de “carácter privado” que realiza el numeral excluye aquellas de “carácter público”, respondiendo tal limitación a que no se consideró pertinente regular vía oblicua, en instancia de legislar sobre la

³⁶ Interpretación en relación a la cual existió consenso entre las Delegaciones, señalando al respecto el Delegado de México, Prof. Vázquez Pando, que el domicilio debía ser apreciado al momento de inicio del juicio, ya que la circunstancia que el demandado luego de interpuesta la demanda cambie el dominio a otra jurisdicción no es relevante. CIDIP III, Comisión II, Acta 7a. Sesión, p. 9.

³⁷ En tal sentido el Delegado de México, Prof. Siqueiros, hizo referencia a un número importante de sociedades que constituidas en un Estado luego realizan sus actividades en otros, no teniendo en el país de su constitución más que una dirección postal. CIDIP III, Comisión II, 8a. Sesión, p. 6.

³⁸ En las Delegaciones participantes primó sin embargo el criterio de mantener la expresión, considerando algunos Delegados que los términos “establecimiento principal” y “administración central” resultaban equivalentes, CIDIP III, Comisión II, 8a. Sesión, p. 6.

jurisdicción internacional indirecta, el complejo tema de la inmunidad de jurisdicción de los Estados y otras personas de derecho público y sus límites³⁹.

a.3. Acciones contra sucursales, agencias o filiales, artículo 1o., literal A, numeral 3

El foro abarca tanto a sucursales, hipótesis prevista por las Bases, Base Cuarta, cuanto a agencias o filiales, contempladas por el Proyecto del CJI, artículo 5o., párrafo segundo⁴⁰ y otorga jurisdicción a los tribunales del Estado en que éstas realizaren “las actividades que originaron las respectivas demandas”.

a.4. Prórroga post-litem natam en materia de fueros renunciables, artículo, 1o., literal A, numeral 4.

Se consagra una jurisdicción ya recibida por los textos clásicos regionales, Código de Derecho Internacional Privado de La Habana de 1928, Código de Bustamante, en especial, artículo 322 y Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, artículo 56, párrafos 3 y 4. La solución reconoce como precedentes directos las Bases, Base Séptima, que la admitía bajo condición que el demandado después de promovida la acción exprese su consentimiento por escrito y el artículo 3o. del Proyecto del CJI que amplía las posibilidades de convenir la prórroga admitiendo que el demandado pueda manifestar su voluntad de “forma expresa o tácita”. Prórroga de la jurisdicción *post litem natam* en la que la voluntad de las partes no se manifiesta de manera simultánea sino en momentos cronológicamente separados. El actor deduce la acción ante tribunales en principio carentes de jurisdicción para conocer del caso y el demandado después de interpuesta la demanda manifiesta su voluntad. Modalidad de prórroga que limita considerablemente las posibilidades de imposiciones abusivas, alcanzando por ello importante recepción en derecho comparado. Consideramos que la comparecencia del demandado en juicio sin oponerse a la jurisdicción constituye una aceptación positiva (no ficta), pues si bien entendemos que la voluntad del demandado debe manifestarse de modo claro e inequívoco, no corresponde exigir términos sacramentales para su admisión⁴¹.

La Convención de La Paz acoge la prórroga post litem tanto

39 En conformidad, OPERTTI, Didier, “La tercera conferencia especializada...”. Op. cit., p. 167; SOLARI, Marcelo. *Pactos Procesales de La Paz*. Montevideo: FCU, 1986, p. 39.

40 Ante solicitud de aclaración planteada por el Delegado de Estados Unidos acerca del sentido de la expresión “filial”, se señaló que el mismo aludía a “toda sociedad distinta a la matriz y sujeta al control de hecho o derecho de ésta”. CIDIP III. Comisión II, Acta 8a. Sesión, p. 10.

41 En conformidad, entre otros, VESCOVI, Eduardo. Op. cit., p. 44; KLETT, Selva. “La jurisdicción internacional”. En: LANDONI SOSA, Ángel (ed.). *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del MERCOSUR*. Montevideo, FCU, 1997, p.103.

respecto a las acciones personales patrimoniales, exordio del literal A del artículo 1o., cuanto en relación a las acciones reales referidas a bienes muebles corporales, artículo 1o., literal B., numeral 2.

La disposición convencional requiere que la prórroga opere en materia de “fueros renunciables”, aun cuando el concepto no es explicitado ni directa ni indirectamente⁴², circunstancia que puede constituir un serio obstáculo al reconocimiento del fallo extranjero, por lo que creemos conveniente que una nueva regulación continental atienda expresamente el tema⁴³.

Respecto al modo como debe expresarse la voluntad del demandado, la Convención requiere expresamente que éste “haya aceptado por escrito la competencia del órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia o si a pesar de haber comparecido en juicio, no haya cuestionado oportunamente la competencia de dicho órgano”, admitiendo así que la voluntad pueda manifestarse tanto de manera expresa como tácita.

b. Acciones reales sobre bienes muebles corporales, artículo 1o., literal B

El literal legisla una solución alternativa atributiva de jurisdicción tanto a los tribunales del lugar de situación del bien al momento de entablarse la demanda, foro “*rei sitae*”, de usual recibo en materia acciones reales, numeral 1, cuanto, numeral 2, a todos aquellos previstos por el literal A respecto a acciones personales patrimoniales. Opción por la que la jurisdicción se amplía confiriendo competencia para las acciones reales sobre bienes muebles a los tribunales: a) del domicilio o residencia habitual del demandado al momento de la demanda, si se tratare de personas físicas, y en caso de sociedades civiles o comerciales de carácter privado, a aquellos del Estado Parte donde tuvieren su establecimiento principal al incoarse la acción o donde se hubieren constituido y si la accionada fuere una sucursal, agencia o filial, serán competentes los jueces del lugar donde fue realizada la actividad que genera la demanda; b) competentes en razón de prórroga “*post litem*”, en tanto se considerare que las acciones reales en materia de bienes muebles califican en la categoría de “fueros renunciables”⁴⁴; y c) designados a través de una prórroga “*pre litem*”, en la hipótesis de acciones derivadas de

42 En la Comisión II de la CIDIP al plantearse el tema, ante consulta del Delegado de Estados Unidos, Peter D. Trooboff, el Delegado de México, Vázquez Pando, señaló que la noción de fuero renunciable refería a acciones en las que las partes pueden conferir competencia a una jurisdicción distinta a aquella que en principio la poseía, CIDIP III. Com. II, Acta 16, p.11.

43 En coincidencia con la necesidad de definir el alcance del concepto “fueros renunciables”, OPERTTI, Didier. “La tercera conferencia especializada...”. Op cit., p.16; SOLARI, Marcelo. Op. cit., p. 43.

44 De lo que resulta, una vez más, la importancia de definir convencionalmente cuáles son éstos foros.

contratos mercantiles prevista por el literal D, a la que remite el literal A .

Conceptos básicos como los relativos a la calificación de los bienes en inmuebles o muebles y dentro de éstos la determinación de su calidad corporal o incorporeal no son definidos por la Convención ni aun de modo indirecto, como lo hacen los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, artículos 26 y 32, situación susceptible de originar interpretaciones divergentes que pueden dificultar su aplicación, lo que plantea la necesidad de contemplar también esta cuestión en una futura revisión del convenio. El texto de La Paz omitió asimismo legislar sobre jurisdicción internacional en materia de bienes muebles incorporales o intangibles.

c. Acciones reales sobre bienes inmuebles, artículo 1o., literal C

Adjudica jurisdicción a los tribunales del Estado Parte de situación de los bienes; solución clásica en la materia⁴⁵.

Si bien la Convención no atribuye a los tribunales del lugar de situación del inmueble la calidad de foro de jurisdicción exclusiva, cabe recordar que en general la doctrina les reconoce dicho carácter, así como el derecho positivo. Tal, la calificación otorgada a esta jurisdicción por distintos desarrollos normativos actuales, Reglamento (UE) 1215/21012, artículo 24, numeral 1; Código Civil y Comercial de la República Argentina, artículo 2609, “Jurisdicción exclusiva”, literal a; etc. El Proyecto de LGDIPr. ejemplifica como materia de jurisdicción exclusiva de la República, las cuestiones concernientes a “derechos reales sobre bienes situados en ella”, artículo 60, “Jurisdicción exclusiva”, párrafo segundo.

d. Foro acordado por las partes en acciones derivadas de contratos mercantiles internacionales, artículo 1o., literal D

La disposición admite tanto la prórroga de jurisdicción *post litem natam* como *pre litem natam*⁴⁶.

A través de la *prorrogatio fori* las partes acuerdan la jurisdicción internacional para conocer de un determinado litigio, cuestión que plantea dos interrogantes: una, referida a la idoneidad de la voluntad de las partes para habilitar el ejercicio de la jurisdicción de un Estado respecto a una *litis* que en principio no estaría sujeta a la misma; y la otra, a la aptitud de dicha voluntad para desplegar la función opuesta, de carácter negativo, consistente en excluir la jurisdicción del Estado

⁴⁵ Foro acogido, entre otros, por los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, artículos 67 y 64 respectivamente; el Código de Bustamente también recibe esta jurisdicción, artículo 325.

⁴⁶ En el mismo sentido, OPERTTI, Didier. “La tercera conferencia especializada...”. Op. cit., p. 168; SOLARI, Marcelo. Op. cit., p. 46.

respecto a un litigio que de lo contrario estaría dentro de sus límites. La Convención, como se ha visto, también acoge la prórroga *post litem* en materia de foros renunciables, artículo 1o., literal A, numeral 4.

El texto de La Paz admite la prórroga *pre litem* respecto a acciones derivadas de contratos mercantiles celebrados en la esfera internacional, aun cuando omite determinar cuándo un contrato adquiere la cualidad de internacional. Frente a tal carencia y más allá de la conveniencia que una nueva convención sobre jurisdicción internacional regule el tema, considerando que las convenciones interamericanas conforman un único proceso de codificación por etapas del DIPr. continental, cabe atender la conceptualización acerca de la internacionalización de los contratos resultante de la Convención de México de 1994 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, artículo 1o, párrafo segundo, de la que resulta que un contrato es internacional “si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte”.

El literal omite asimismo una definición autárquica o cuando menos indirecta de la calidad mercantil del contrato⁴⁷, carencia que puede originar dudas que dificulten su aplicación. Dada tal carencia y considerando que la calificación *lex fori* del carácter civil o comercial del contrato realizada por el tribunal actuante en el reconocimiento del fallo puede incidir en la validez de la prórroga de la jurisdicción, nos inclinamos por una apreciación de la índole mercantil de la contratación de acuerdo a la ley del tribunal de origen del fallo, calificación *lex causae*.

d.1. Requisitos exigidos para la validez del acuerdo:

-Que la prórroga haya sido acordada por escrito.

La Convención de La Paz al igual que sus precedentes, el Proyecto del CJI, artículo 7o. y las Bases, Base Sexta, requiere que los contratantes “hayan acordado por escrito someterse a la jurisdicción del Estado Parte donde se pronunció la sentencia”. Coincidimos con la colega Prof. Fresnedo de Aguirre, en que el consentimiento debe manifestarse a través de la firma, de puño y letra o digital de las partes, cuanto que el escrito por sí sólo no obliga⁴⁸. Cabe señalar que textos actuales como el Reglamento (UE) 1215/2012, consideran hechas por escrito las comunicaciones efectuadas por medios electrónicos en tanto proporcionen un registro duradero del acuerdo y admiten asimismo los acuerdos verbales con confirmación por escrito, artículo 25 numerales 2 y 1 literal a, respectivamente.

⁴⁷ Como señalará el Delegado uruguayo a la Comisión II de la CIDIP III, Prof. Solari, el tema no llegó a plantearse en la Comisión, SOLARI, Marcelo. Op. cit., p. 48.

⁴⁸ FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia. Op.cit., p. 173; en conformidad en la justicia de Uruguay, Sentencia n°. 147 de 24.5.1998, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5o. Turno. *Revista de Transporte y Seguros*. 1989, vol. 2, n° 2, p. 47 - 49.

-Que la competencia no haya sido establecida de manera abusiva.

La condición tiene por finalidad asegurar un verdadero acuerdo de partes, en tanto que un consentimiento logrado en base a la imposición concreta de una parte sobre otra estará afectado de graves vicios de consentimiento y consecuentemente ha de carecer de validez jurídica⁴⁹. Al respecto consideramos que el vicio de consentimiento se configura cuando surge inequívocamente en relación al caso específico en el cual se invoca. Creemos conveniente que un futuro texto convencional proporcione criterios consistentes, capaces de evitar interpretaciones jurisprudenciales que exorbiten el concepto y se transformen en obstáculo al principio de la circulación internacional de las sentencias.

-Existencia de conexión razonable entre el objeto de la controversia y el foro elegido.

Se trata de una exigencia más severa que la resultante de requerir meramente que la elección de las partes sea razonable⁵⁰. Concepto este último que puede validar elecciones de jurisdicción en las que la razonabilidad esté dada por circunstancias como la idoneidad del foro, su experiencia o neutralidad. La Convención no avanza criterios que permitan evaluar en qué casos se está ante una vinculación razonable entre el foro y el objeto de la controversia y ello puede determinar dificultades en instancia de apreciar la jurisdicción del tribunal origen del fallo cuyo reconocimiento se pretende⁵¹. Con finalidad de evitar dificultades a la circulación internacional de los fallos textos más recientes no requieren la condición. Tal lo que resulta del Reglamento (UE) 1215/2012, posición en la que también se ubica el Proyecto de LGDIP, artículo 59. Cabe precisar que en el ámbito regional el Protocolo de Buenos Aires únicamente requiere la existencia de “conexión razonable según las normas de jurisdicción del Protocolo” (por lo que proporciona parámetros concretos para evaluar la razonabilidad de la elección), con carácter excepcional, como modo de ampliar su alcance a los casos en que sólo una de las partes tuviere domicilio o residencia habitual en un Estado Parte del Tratado de Asunción y se hubiere acordado la jurisdicción en favor de uno de dichos Estados, artículo 1o., literal b.

49 En relación al concepto de imposición abusiva, SOLARI, Marcelo. Op. cit., p. 50, señala que en Comisión hubo consenso en excluir de los acuerdos de elección de foro los casos de efectiva imposibilidad de negociación por las partes, tales los contratos de consumo, decidiéndose no obstante no entrar en la enunciación de situaciones concretas y dejar en manos del juez del Estado de invocación del fallo la apreciación de cada caso en particular.

50 En conformidad con la posición expuesta, SOLARI, Marcelo. Op. cit., p. 51, dice que la inteligencia literal del texto aprobado conduce a una posición restrictiva respecto al alcance del concepto de razonabilidad, indicando que el objeto de la controversia o litigio no es otro que el propio contrato mercantil internacional y consecuentemente el contacto razonable será el que exista entre el foro elegido y el contrato mismo, no siendo suficiente la simple razonabilidad en la elección de la jurisdicción.

51 En tal sentido OPERTTI, Didier, “La tercera conferencia especializada...”. Op. cit., p.168, indica la conveniencia de definir los conceptos de “razonabilidad” y “abuso”.

d.2. Validez de los acuerdos sumisorios

No obstante su relevancia, la cuestión tampoco es resuelta por el texto de La Paz, omisión susceptible de originar criterios dispares al respecto. Tales, evaluar la validez del acuerdo de conformidad ya a la ley del tribunal que conoce en la causa, sea éste o no el foro elegido, posición recibida por la justicia argentina en el caso “Inta S. A.”⁵²; ya del foro elegido, solución de algún modo acogida por la Convención Interamericana de México de 1994 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales en materia de validez de los acuerdos de elección de ley aplicable, artículo 12; ya de los Estados que de conformidad al propio texto convencional tuvieren jurisdicción, estándose a la solución más favorable a la validez del acuerdo, solución “favor negotti”, prevista por el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, artículo, 5o., párrafos 2 y 3.

e. Jurisdicción asumida para evitar denegación de justicia, artículo 2o

El criterio tiene por finalidad evitar situaciones de conflictos negativos que conduzcan a la ausencia de foros competentes en la esfera internacional para conocer de un determinado asunto y tiene como precedente, las Bases, Base Séptima, párrafo segundo, con origen en propuesta del Prof. Valladao a la que el Prof. Opertti complementara a efectos de evitar su invocación excesiva, por la que se confiriere a los tribunales del Estado Parte donde la sentencia deba surtir efectos la apreciación de la pertinencia de tal jurisdicción⁵³. El Proyecto uruguayo de LGDIPr consagra el foro de necesidad bajo severas condiciones, artículo 56, Soluciones generales”, numeral 8^{54,55}.

f. Jurisdicción en materia de contrademandas, artículo 3

Se trata de una jurisdicción funcional, como la denomina

52 Jurisprudencia citada en DREYZIN de KLOR, Adriana, et al. “Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los estados mercosureños”. En: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*. Buenos Aires: Ed. Zavalía, 2003, p. 191.

53 GOLDSCHMIDT, Werner. “Informe del relator...”. Op. cit., p. 103.

54 Artículo 56, numeral 8 (los tribunales de la República serán competentes), “Cuando, aún careciendo de competencia en la esfera internacional según otras norma de la presente ley, se cumplan acumulativamente los siguientes requisitos: a) la intervención del tribunal sea necesaria para evitar denegación de justicia; b) que la causa se revele de imposible juzgamiento en otro Estado o no sea posible razonablemente exigir que la demanda sea promovida en el extranjero; c) el caso tenga vínculos relevantes con la República; d) sus tribunales estén en condiciones de garantizar el debido proceso; y e) la sentencia que se dicte sea susceptible de cumplimiento o ejecución.”

55 Solución similar es recibida por el Código Civil y Comercial de la República Argentina, Libro Sexto, Título IV, “Disposiciones de derecho internacional privado”, Capítulo 2, “Jurisdicción internacional”, artículo 2602.

Goldschmidt⁵⁶, que distingue dos situaciones: si la contrademanda es considerada una acción independiente, se entenderá que la sentencia emana de foro poseedor de jurisdicción internacional si el tribunal sentenciante cumple con alguna de las bases que la Convención ha previsto, artículo 3o., numeral 1; en tanto que si la contrademanda se funda en el acto o hecho en que se basó la demanda principal, se entiende satisfecho el requisito de la jurisdicción indirecta si la demanda principal ha cumplido con los criterios jurisdiccionales previstos convencionalmente, artículo 3o, numeral 2. Soluciones coincidentes con las contempladas por el Convenio de La Haya de 1.2.1971 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial, artículo 11.

El Reglamento (UE) 1215/2012, Capítulo II, “Competencia”, Sección 2, “Competencias especiales”, artículo 8o., numeral 3; así como su precedente, el Convenio de Bruselas de 1968, artículo 6o., numeral 3, contemplan en materia de contrademandas el criterio previsto por el artículo 3o., numeral 2 en examen, también recibido en el ámbito subregional por el Protocolo de Buenos Aires, artículo 13. En igual sentido, el Proyecto de LGDIPr, artículo 56, “Soluciones generales”, numeral 4.

6.2.4. Límite al reconocimiento de la jurisdicción extranjera, la jurisdicción exclusiva⁵⁷ del Estado ante el que se invoca el fallo, artículo 4

La Convención faculta al Estado Parte ante el cual se invoque una sentencia extranjera a negarle eficacia extraterritorial si hubiere sido dictada invadiendo su jurisdicción exclusiva, pero no define el ámbito de tal jurisdicción y ello, como señalara Operti⁵⁸, resulta peligroso si los Estados se autoatribuyen la misma de manera excesiva pues reduciría a la nada los acuerdos logrados en La Paz. Con finalidad de evitar extralimitaciones en la invocación de la excepción, el Prof. Goldschmidt en instancia de analizarse la Base Décima elaborada por la Reunión de Expertos de Washington, antecedente directo del texto en análisis, propuso limitar su invocación “a los casos que afectaran manifiestamente el orden público internacional” del foro⁵⁹.

Con finalidad de evitar graves limitaciones al reconocimiento de los fallos extranjeros, creemos necesario prever en un nuevo texto convencional parámetros capaces de neutralizar invocaciones exorbitadas de la jurisdicción internacional exclusiva, tal como lo

56 GOLDSCHMIDT, Werner. “Informe de relator...”. Op. cit., p. 103.

57 Por el concepto de jurisdicción exclusiva ver, numeral 5.

58 OPERTTI, Didier. “La tercera conferencia especializada...”, Op. cit., p.168.

59 La propuesta no fue acogida, aun cuando existió consenso entre los Expertos en que la invocación de la jurisdicción exclusiva resulta pertinente cuando la misma está vinculada a la afectación del orden público internacional, GOLDSCHMIDT, Werner. “Informe del relator...”. Op. cit., p. 103.

hace el Proyecto de LGDIPr., artículo 60, “Jurisdicción internacional exclusiva” o inclusive proceder concretamente a la enunciación de los casos constitutivos de la misma, como ya hiciera el Convenio de Bruselas de 1968, Título II, “Competencia Judicial”, Sección 5ta., “Competencia exclusiva”, artículo 16 y hoy, el Reglamento (UE) 1215/2012, Capítulo II, “Competencia”, Sección 6, “Competencias Exclusivas”, artículo 24; en la misma línea, el Código Civil y Comercial de la República Argentina, artículo 2609, “Jurisdicción exclusiva”.

6.2.5. Exigencia relativa a que la sentencia extranjera sea reconocida en todo el territorio del Estado en que ha sido dictada, artículo 5

La condición da respuesta a situaciones reales del tipo planteada por el Delegado de México, Prof. Siqueiros, que indicó la existencia de ordenamientos jurídicos de naturaleza federal en los que una sentencia puede ser firme en una circunscripción del Estado y sin embargo no ser reconocida en otras por entenderse que fue dictada en violación de normas sobre competencia de la circunscripción donde es invocada, ya que el tratamiento conferido a las sentencias emanadas de otros provincias o estados es similar al otorgado a los fallos extranjeros, no alcanzando las sentencias efecto de *res iudicata* en todo el país⁶⁰. En respuesta a estas situaciones se consensuó que era necesario exigir en todos los casos de invocación de fallos extranjeros que los mismos fueren susceptibles de reconocimiento o ejecución en la totalidad del país en que fueron dictados y no sólo en la circunscripción de origen⁶¹.

Tales, las principales soluciones hoy vigentes a nivel interamericano en materia de regulación de la jurisdicción internacional indirecta, normativa que revela la impostergable necesidad de concretar un nuevo texto convencional continental capaz de concitar la efectiva aprobación por los Estados en un tema de esencial relevancia para la más adecuada circulación internacional de las sentencias y consecuentemente, para la más eficaz protección de los derechos de los justiciables.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABARCA LANDERO, Ricardo. “Informe del Relator de la Comisión I”. En: *Actas y Documentos. Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II)*. Washington: Secretaría General, Organización de Estados Americanos, 1980, vol I.

ALFONSIN, Quintín. “La ejecución extranacional de las sentencias en

60 Comisión II, Actas 7a. Sesión, pp. 7 y ss.

61 Tal lo señalado por el Presidente de la Comisión II, Prof. Parra Aranguren, Comisión II, Actas 7a. Sesión, p. 6 y 7.

materia civil y comercial”. *Revista de Derecho Público y Privado*. 1951, tomo 26, 1951, p. 266 y ss.

AUDIT, Bernard, “Le droit international privé en quête d’universalité”. En: *Cours général de droit international privé. Recueil des Cours*. La Haye. Académie de Droit International, 2003, vol. 305, p. 478.

BARRIOS de ANGELIS, Dante. “Teoría General del Proceso. Enseñanza de la misma”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República*. 1967, tomo XVIII, p. 120.

BARRIOS de ÁNGELIS, Dante. *El Proceso Civil, Comercial y Penal de América Latina*. Buenos Aires: Depalma, 1998.

BARTIN, Étienne Adolphe. *Études sur les effets internationaux des jugements*. París: Librairie générale de droit et jurisprudence, 1907.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “Derecho internacional procesal y derecho procesal de extranjería: Jurisdicción internacional”. En: PERUGINI ZANETTI, Alicia (ed.). GOLSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. 10ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 875-876.

COUTURE, Eduardo J. *Procedimiento Primer Curso. Organización de los Tribunales*. Montevideo: ed. Medina, s/f.

COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico con especial referencia al derecho procesal uruguayo*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1960.

DREYZIN de KLOR, Adriana, et al. “Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los estados mercosureños”. En: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*. Buenos Aires: Ed. Zavalía, 2003, p. 191.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. “Propuesta para una evolución deseable de la competencia judicial internacional”. En: OYARZABAL, Mario J. A. (ed.). *Derecho Procesal Transnacional. Homenaje al Prof. Dr. Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires: Ábaco, 2012, p. 142-45.

FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia. *Curso de Derecho Internacional Privado: Parte especial*. Montevideo: FCU, 2009, tomo II, p. 168-169.

GOLSCHMIDT, Werner. “Informe del relator sobre bases de jurisdicción internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras”. En: *Primera Reunión de Expertos en Derecho Internacional Privado*. Washington: OEA/Ser. K/XXI. 3, CIDIP III/5.

GUTHERIDGE, Harold Cook. “Le conflit des lois de compétence judiciaire dans les actions personnelles”. En: *Recueil des Cours*. La Haye: Académie de Droit International, 1933, vol 44, I, p. 111-198.

KLETT, Selva. “La jurisdicción internacional”. En: LANDONI SOSA,

Ángel (ed.). *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del MERCOSUR*. Montevideo, FCU, 1997.

MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*, trad. de SENTÍS MELENDO, Santiago. Buenos Aires: EJE, 1953. (Colección del Proceso).

NOODT TAQUELA, María Blanca. “Aplicación de las normas más favorables a la cooperación judicial internacional”. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*. Córdoba, 2013, tomo XXII, p. 163-224.

OPERTTI BADAN, Didier. “Algunas reflexiones sobre jurisdicción internacional y jurisdicción exclusiva.” En: OYARZÁBAL, Mario J. A. (ed.). *Derecho Procesal Transnacional. Homenaje al Prof. Dr. Gualbero Lucas Sosa*. Buenos Aires: ed. Abaco, 2012.

OPERTTI BADAN, Didier. “La tercera conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado - CIDIP III”. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. 1984-2, p. 184.

RIGAUX, François. *Derecho Internacional Privado. Parte general*, trad. de BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría. Madrid: Civitas, 1985.

SOLARI, Marcelo. *Pactos Procesales de La Paz*. Montevideo: FCU, 1986.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “El Moderno Derecho Internacional Privado Interamericano sobre Minoridad y Familia”. *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*. n° 5, p.113-131.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “La autonomía de la voluntad en la contratación iusprivatista internacional contemporánea”. *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*. 1984, vol. 29-30, p. 82.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Las convenciones interamericanas sobre restitución internacional de menores y obligaciones alimentarias de Montevideo de 1989”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. 1990, año XXXI, n° 1-2, p. 107-169;

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *Derecho Internacional Privado*. Montevideo: La Ley-Uruguay, 2010.

VESCOVI, Eduardo. *Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el MERCOSUR y América*. Montevideo: Idea, 2002.

ARMONIZACIÓN DEL DERECHO CONTRACTUAL DEL MERCOSUR: ¿UNA MISIÓN IMPOSIBLE?*

HARMONIZAÇÃO DO DIREITO DOS CONTRATOS DO MERCOSUL: UMA MISSÃO IMPOSSÍVEL?

*Sara Lidia Feldstein de Cárdenas***

Resumen: *En este trabajo se analizan las semejanzas y disparidades entre las disposiciones de Derecho Internacional Privado en materia contractual de los Estados del MERCOSUR, con miras a su armonización legislativa de conformidad con el compromiso asumido en el artículo 1° del Tratado de Asunción.*

Resumo: *Neste trabalho se discute as semelhanças e diferenças entre as disposições de direito internacional privado em matéria contratual dos Estados do MERCOSUL, com vista a harmonizar a legislação em conformidade com o compromisso assumido no artigo 1° do Tratado de Assunção.*

Palabras clave: Armonización legislativa, Contratos internacionales, Fortalecimiento del MERCOSUR

Palavras-chave: Harmonização legislativa, Contratos internacionais, Fortalecimento do MERCOSUL

1. INTRODUCCIÓN

El término globalización ha sido acuñado para denominar un fenómeno que si bien no es nuevo, pues es parte de un proceso de la

* El trabajo original ahora adaptado y modificado al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación fue publicado en *Libro Homenaje a la Doctora Czar de Zalduendo. Lecturas sobre Integración Regional y Comercio Internacional*, Capítulo 7, bajo el título “Derecho Contractual del Mercosur: Alternativas para su armonización legislativa, 185/246, La Ley”, 2012 y en *Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio*. Errejus, publicado en abril de 2016, titulado “Panorama del Derecho Contractual Mercosureño: algunas bases legislativas”, p. 7-28.

** Catedrática de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Categoría I, Doctora de la Universidad de Buenos Aires, Área Derecho Internacional Privado, Directora de la Maestría de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Directora del Proyecto Plan UBACYT 2013/16 sobre “Protección interamericana del consumidor transfronterizo” y del Proyecto de Investigación para Maestrías (PIM) 2014 /2016, sobre “Bases de armonización legislativa en materia contractual en la que participan consumidores”, subsidiados por la Universidad de Buenos Aires, marco en el que se realiza el presente trabajo. E-mail: sfeldste@derecho.uba.ar

humanidad, se acelera en el marco de lo que se conoce como una la tercera revolución industrial. En ese contexto, la tecnología de la comunicación, la computación, la biotecnología dan un salto cualitativo, aunado al fin de la Guerra Fría que a su vez trae como consecuencia la culminación de dos bloques político militar comerciales que estaban contrapuestos¹. Así pues, los finales del siglo pasado y los principios del siglo actual han sido el escenario de cambios significativos en el panorama mundial que han permitido la aparición de estos fenómenos que si bien es cierto no son totalmente originales tienen ciertas connotaciones novedosas, que los tornan consustanciales con la que ha dado en denominarse además la mundialización, la internacionalización². En este especial escenario, los Estados forcejeando, buscan ubicarse en la globalización; algunos simplemente buscando ser puerto de destino de los cuantiosos flujos financieros que se disputan en el mundo, y en esa línea de pensamiento, abren sus fronteras, desregularizan sus economías³. Este verdadero icono del mundo postmoderno parece ostentar suficiente virtualidad como para superar los corsets de las economías y de los mercados; para socavar la concepción tradicional de soberanía de los Estados; para estimular el desplazamiento de la circulación de personas, bienes, servicios, capitales desde el ámbito estadual al internacional. Aunque lo cierto es que la globalización, a la par que genera nuevas oportunidades, acceso a nuevos mercados, a innovaciones tecnológicas, a redituables inversiones, simétricamente provoca nuevos riesgos, tales como, la concentración del poder global, la disminución o pérdida de soberanía de los Estados, mayor pobreza, más marginalidad. En efecto, a pesar del crecimiento económico, más de mil millones de personas no tienen, y muchas más no tendrán, acceso a la educación básica, ni ninguna posibilidad de acceder a

1 KAPLAN, Marcos. *Estado y globalización*. México. UNAM, 2002 y del mismo autor con MANRIQUE, Irma. *Regulación de flujos financieros internacionales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000; CARBONELL, Miguel y VAZQUEZ, Rodolfo (ed.). *Estado constitucional y globalización*. México: Porrúa-UNAM, 2001.

2 Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, con el término globalización, se hace referencia a la “tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”. A su turno, la Enciclopedia Microsoft 2002, afirma que se trata de un fenómeno con el cual “se describe la realidad inmediata como una sociedad planetaria, más allá de fronteras, barreras arancelarias, diferencias étnicas, credos religiosos, ideologías políticas y condiciones socio económicas o culturales. Surge como consecuencia de la internacionalización cada vez más acentuada de los procesos económicos, los conflictos sociales y los fenómenos políticos-culturales”. Ver sobre este tema la obra dirigida por CALVO CARAVACA, Alfonso y BLANCO MORALES LIMONES, Pilar. *Globalización y Derecho*. s.l: Editorial Colex. 2003. DURAN AYAGO, Antonia. *La protección de menores en la era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización*, pág. 213. MEBROUKINE, Ali. “La Convention Algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d’un algérien”. *Revue Critique de Droit International Privé*. 1991, p 1-39. ANDRICH, Marta. “Derechos Humanos y globalización”. *Revista Jurídica La Ley*. 18 de febrero de 1999.

3 LOPEZ AYLLON, Sergio. *Globalización y transición del Estado Nacional*. *Estado constitucional y globalización*. México: Porrúa UNAM, 2001. p. 279 y STIGLITZ, Joseph. *El malestar en la globalización*. México: Taurus, 2002.

las nuevas tecnologías de la información, y menos aún a la salud⁴.

La evolución del Derecho de la actividad económica en la actualidad responde “a un fenómeno de *glocalización*, caracterizado por la descentralización en su producción, de ámbito predominantemente nacional, pero, al mismo tiempo, orientado a satisfacer las existencias de la globalización, mediante su carácter flexible y abierto, que facilita la eficacia de normas reguladoras del comercio internacional, así como una creciente influencia de las tendencias de la práctica jurídica transnacional”⁵. Así pues, se produce una notable intensificación del comercio internacional que genera el aumento exponencial de las relaciones jurídicas privadas internacionales, entre las que destacan las obligaciones contractuales, ámbito en el que el contrato internacional se erige por sus notas distintivas en el instrumento jurídico irremplazable de la circulación de la riqueza⁶.

En el área de la contratación internacional, son los propios operadores internacionales quienes suelen reclamar a los Estados, la aprobación de normas claras, precisas que faciliten la celebración de las transacciones internacionales en un ambiente de certeza, seguridad, previsibilidad jurídicas. Como los derechos estatales suelen poseer un sistema cuyos contenidos pueden diferir entre sí, se torna imprescindible producir reglas con suficiente imaginación, así como también homogeneizarlas para evitar que los operadores tiendan a emigrar, a establecerse en aquellos países que dentro de un espacio integrado, les ofrezcan además del retorno de sus inversiones, un sistema jurídico ágil, adecuado para el despliegue de los negocios internacionales⁷. No está demás decir, que ante estas circunstancias, el rol del derecho, y especialmente del Derecho internacional privado, cuando de bloques regionales se trata, adquiere especial relevancia como dinamizador, impulsor de la integración jurídica deseable.

En este trabajo me dedico a analizar el panorama actual en materia de ley aplicable a los contratos internacionales en el MERCOSUR, haciéndolo con la mirada puesta en el compromiso asumido por los Estados de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, tal como surge del texto del artículo 1° del Tratado de Asunción, desde ahora TA. Como hasta la fecha no se ha generado un instrumento jurídico internacional, sea de fuente autónoma o heterónoma⁸, me propongo

4 Citas tomadas de GRUNM Ernesto. *La globalización del Derecho: un fenómeno sistémico y cibernético y del mismo autor: una Visión sistémica y Cibernética del Derecho*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 1995.

5 DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. “El Derecho internacional privado ante la globalización”. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. 2001, tomo 1, p. 58.

6 FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000; *Derecho Internacional Privado y de la Integración. Colección de Análisis Jurisprudencial*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2009.

7 No existe una calificación única de contrato internacional, es una noción que varía según las distintas fuentes normativas.

8 En el MERCOSUR se encuentra aprobado el Protocolo de Buenos Aires del 5 de agosto

como objetivo identificar, explorar la existencia de bases mínimas de armonización legislativa que permitan transferir los resultados obtenidos para el empleo en el área de las políticas públicas y así coadyuvar al fortalecimiento del espacio integrado.

Para ello en una primera parte, sin pretender ser exhaustiva, analizaré el estado actual en el MERCOSUR para lo cual tomaré en consideración algunos rasgos salientes tales como la noción de contrato internacional, la admisibilidad o rechazo del principio de la autonomía de la voluntad, su alcance y limitaciones así como los criterios para la determinación de la ley aplicable en ausencia de preselección por las partes en los contratos internacionales; la intervención de la *lex mercatoria* y de las normas internacionalmente imperativas. Para ello, me detendré para observar tanto la fuente interna como la fuente convencional, de los países socios del espacio integrado⁹.

En una segunda parte, tomando idénticos aspectos examinaré la situación actual en la Unión Europea, realizando una suerte de análisis comparativo entre las soluciones aportadas en los puntos indicados por el Convenio de Roma sobre Obligaciones Contractuales del 19 de junio de 1980 aún en vigor (en adelante CR) y el Reglamento Roma I sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales en vigor a partir del 17 de diciembre del 2009.

En la tercera y última parte, luego de analizar la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (en adelante la CIDACI), insoslayable para los países americanos, terminaré por delinear las bases mínimas de armonización legislativa que puedan servir para la elaboración de un instrumento jurídico internacional que sirva de marco de regulación de la ley aplicable a los contratos internacionales en el MERCOSUR.

2. FUENTE INTERNA¹⁰

2.1. Derecho Argentino

Sabido resulta que el contrato internacional, respecto a su validez intrínseca o sustancial, a su fondo, puede estar sometido a la ley que

de 1994 sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual, en vigor para Argentina, Brasil, Paraguay, Venezuela y Uruguay, pero no se cuenta con un instrumento jurídico en la dimensión de la ley aplicable a la contratación internacional. En este aspecto, puede verse FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. Jurisdicción Internacional en materia contractual en el MERCOSUR, Volumen 4, Colección Sistema Jurídico del MERCOSUR, dirigida por el Doctor Atilio Aníbal Alterini, Editorial AbeledoPerrot. 1995.

⁹ Estos tratados vinculan a las Repúblicas de Argentina, Paraguay y Uruguay.

¹⁰ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. "El futuro del MERCOSUR: la reglamentación mercosureña en materia de contratos internacionales desde la cosmovisión borgeana". *Revista Mexicana de derecho Internacional Privado*. 2000, n° especial, p. 34-39, quien emplea la figura del "laberinto borgeano" para dar cuenta del sistema de derecho internacional privado sobre contratos internacionales vigentes en el MERCOSUR.

expresa o tácitamente hayan preseleccionado las partes, o bien, en ausencia de tal elección, en subsidio a la ley aplicable que el legislador previó en base a criterios rígidos o flexibles.

2.1.1. Noción de Contrato Internacional

El derecho argentino de fuente interna no contiene una calificación autárquica de contrato internacional. De allí la importancia de definirlo como lo hace parte de la doctrina argentina que considera que un contrato es internacional cuando “su sinalagma funcional pone en contacto dos o más mercados nacionales, o existe una conexión real de celebración o de cumplimiento en el extranjero”¹¹, o bien “si su lugar de celebración o su lugar de cumplimiento o domicilio de una de las partes en el momento de la celebración se halla en el extranjero”¹², o bien “como aquél que sea desde su conformación, desenvolvimiento o extinción, posee elementos internacionales objetivamente relevantes desde la mira de un sistema jurídico determinado”¹³.

2.1.2. Autonomía de la Voluntad

El contrato internacional es el reino, aunque no el festival de la autonomía de la voluntad, que tal como se sabe significa “que la voluntad es la fuente y la medida de los derechos subjetivos; para lo cual ella se despliega en dos vertientes, una la llamada autonomía material, entendida como la posibilidad de las partes de crear sus propias reglas o normas concretas por las que habrá de regirse el contrato y la otra, la célebre autonomía conflictual que consiste en la facultad que tienen las partes de preseleccionar la ley aplicable que habrá de regir al contrato internacional.

Parte de la doctrina argentina, ante la ausencia de una norma expresa en este sentido, fundamentaba la aceptación de la autonomía de la voluntad, en la práctica consuetudinaria del Estado argentino que en numerosos casos ha aceptado la jurisdicción y la legislación extranjera en contratos financieros con la banca internacional¹⁴.

No concordé nunca, en este aspecto con esta doctrina, por varias razones pero fundamentalmente porque la libre voluntad de las partes contratantes, y el principio *pacta sunt servanda* que le sirve de fundamento parte de la idea que las partes se encuentran en iguales

11 BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*. 3ª ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 1991, tomo II, p 258 y siguientes, 1991; in re *Sagemüller, Francisco c. Sagemüller de Hinz, Liesse y otro*, Sala 2da. CC Paraná, Sala II, 10/08/1988, publicado en La Ley 1989-E, p. 192 y siguientes.

12 GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1982, n° 315. p. 393.

13 FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. Op. cit.

14 GOLDSCHMIDT, Werner. “Transactions between States and public firms and foreign private firms. A methologicalstudy”. *Recueil des Cours*. 1972, tomo 136, II, p. 203 y siguientes.

condiciones para determinar libremente el contenido del contrato, la legislación aplicable y este no es el caso cuando un Estado celebra un convenio de préstamo de dinero que tiene suficiente virtualidad para incidir gravosa y sustancialmente en su deuda externa.

Aunque reconozco que los argumentos en contra de esta práctica sólo raramente fueron aceptados por los órganos oficiales del Estado, y culminaron en lo que la doctrina más autorizada calificó como un proceso famoso que tiene toda la apariencia de una pieza teatral surrealista¹⁵.

No es estéril señalar, que el pacto de elección de la ley rectora del fondo del contrato (*pactum de legeutenda*), es en sí mismo un contrato, un contrato dentro de un contrato, aunque estrictamente, sin embargo, es un negocio separable, independiente del contrato internacional en el que se halla inserto, cuya validez o invalidez depende de sí mismo. De esta forma, tal como señala la doctrina “la nulidad de la cláusula no determina la nulidad del contrato, y a la inversa. Es perfectamente posible que una cláusula de elección de ley aplicable se considere válida y que, a la luz del derecho designado por las partes, llegue a determinarse su nulidad del contrato. En puridad, si el contrato es nulo, también lo sería la cláusula de elección de ley aplicable y, en consecuencia, no habría procedido la aplicación de la ley elegida que sirvió para determinar la nulidad del contrato, produciéndose un círculo vicioso. Semejante aporía se resuelve partiendo de la consideración autónoma del pacto de *legeutenda* y de las propias disposiciones aplicables a la validez y perfeccionamiento de dicho pacto”¹⁶.

2.1.3. Código Derogado

Nos detendremos en el Código Civil velezano, dada la importancia

15 SAMTLEBEN, Jürgen, “Cláusulas de Jurisdicción y legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados americanos”. *Revista del Derecho Industrial*. 1989, año 11, n°32, p. 363-390. Según el autor que estamos siguiendo señala que: “En las postrimerías del régimen militar, el cual en el año 1983 poco antes de las elecciones para un gobierno civil trataba de negociar la conversión de la deuda externa argentina. Las conversaciones con los acreedores y el Fondo Monetario Internacional en Nueva York resultaron en un “modelo de refinanciación garantizado” que preveía la sumisión irrevocable de la parte deudora a los tribunales de Nueva York o de la Argentina, a elección de los acreedores. Esta noticia llegó por el éter hasta la Patagonia al Juez Federal Pinto Kramer, actuando en Río Gallegos en el extremo sur de la Argentina. Este Juez no tardó en pronunciar contra su propio gobierno una prohibición de no innovar con el mandamiento estricto de no firmar tal cláusula en los contratos de refinanciación. El presidente del Banco Central argentino se vió obligado a volver a Buenos Aires, fue detenido en el propio aeropuerto y trasladado a la penitenciaría de Río Gallegos donde fue interrogado por el Juez. La actuación del Juez luego tocó a su fin con dos sentencias de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia que la declaró improcedente y negó competencia al juez. Pero entretanto, las negociaciones sobre la conversión de la deuda externa ya habían fracasado”.

También puede verse *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación* N°12, marzo de 1986, p. 193 y siguientes y 208 y siguientes.

16 FERNANDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho Internacional Privado*. 4ª ed. Madrid: Thomson, Civitas, 2007.

que ha tenido y que tuvo a la hora de la Reforma de las normas de Derecho Internacional Privado en general, y en materia contractual, en especial.

En este entendimiento, cabe resaltar que, el Código derogado tampoco contenía una disposición que expresamente consagrara la libertad de contratación en el orden internacional, entendida como la facultad de las partes de preseleccionar la ley aplicable a los contratos internacionales¹⁷. Esta ausencia estimuló la imaginación tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, provocando el desarrollo de dos corrientes de pensamiento, por un lado, las tesis afirmatorias inclinadas hacia la admisión del principio de la autonomía de la voluntad dentro del derecho argentino de fuente interna y por el otro, las tesis negatorias, volcadas hacia su rechazo. Ambas tesis buscaron apoyo, fundamento en otras normas del derecho positivo. Así los partidarios de las primeras recurrieron al célebre artículo 1197 del Código Civil derogado; mientras que los partidarios de las segundas, se basaron en los célebres Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 y el Protocolo Adicional de los Tratados.

Lo cierto que esta ardua polémica desarrollada en cuanto al fundamento de derecho positivo de admisibilidad del principio de la autonomía de la voluntad conflictual, sin embargo, ha encontrado un punto de coincidencia tanto de la doctrina y de la jurisprudencia respecto del reconocimiento de su alcance limitado.

A un tiempo, otro aspecto no menos polémico que el anterior, residía en la aceptación de la llamada *lexmercatoria* en el derecho argentino. Si la finalidad perseguida por los operadores es desatarse del *corset* de las leyes estatales, las modalidades de contratación que aquella les ofrece se lo garantizan, aunque a costa de conducirlos a la consolidación del enigmático “contrato sin ley”, que desencadena sino la destrucción, la perturbación del régimen internacional contractual.

Corresponde mencionar, a estas alturas, el antecedente jurisprudencial de la célebre sentencia recaída en el caso de los empréstitos serbios-brasileños, que fue la primera ocasión en que la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmara la necesaria vinculación de los contratos internacionales celebrados entre Estados con una ley

17 BOGGIANO, Antonio. Op. cit. Para fundamentar la aceptación de la autonomía de la voluntad en el derecho de fuente interna argentina, se basa en dos disposiciones, el artículo 1212 del Código Civil y el artículo 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que sostiene que si de conformidad con el primero de los artículos mencionados, le es permitido a las partes elegir el lugar de cumplimiento del contrato, por lo que pueden también elegir indirectamente la ley aplicable, ya que el lugar de cumplimiento es el punto de conexión previsto en los artículos 1209 y 1210. Con respecto, al segundo, en su opinión si las partes pueden elegir el tribunal competente, lo que implica que eligen implícitamente el Derecho Internacional Privado del país al que pertenezca el tribunal elegido, pues cada juez aplica su propio sistema. Esta elección del juez significa desplazar totalmente las normas de conflicto argentinas. Si las partes pueden elegir el Derecho Internacional Privado que rige el contrato, pueden también elegir directamente el derecho privado aplicable, ya que éste se determina según el Derecho Internacional Privado elegido.

estatal, que reconoció el interés legítimo del Estado soberano de sujetar sus obligaciones a su legislación interna. En este último aspecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia argentinas, en consonancia con lo precedentemente señalado se han inclinado desde la década de los noventa a acotar el alcance de la *lexmercatoria*.

En la actualidad la concepción acerca de la *lexmercatoria* ha sufrido una alteración sustancial en el derecho argentino de fuente interna, a tenor de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en vigor desde el 1º de agosto del 2015, que la contempla expresamente en su texto.

2.1.4. Código Civil y Comercial de la Nación. Reforma

En la República Argentina tal como anticipáramos, la situación ha cambiado fundamentalmente a partir de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, en el que el legislador se ocupa de regular los contratos internacionales en el Título IV del Libro VI Sección 11 del Capítulo III. Le dedica desde el artículo 2650 al artículo 2653, abarcando lo relacionado con la jurisdicción internacional así como la determinación del derecho aplicable.

Cabe señalar, que el texto normativo sigue sin definir, sin calificar, pensamos deliberadamente, cuando se está en presencia de un contrato internacional para el Código Civil y Comercial de la Nación.

Lo que sí hace, es incorporar una norma que expresamente consagra – el artículo 2651 - el principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratos internacionales. Esta disposición que no guarda concordancias con la normativa legislativa anterior, recepta la tendencia que había aceptado de manera unánime la doctrina como la jurisprudencia argentina imperante.

Establece la regla general acerca de que los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La capacidad de las partes no se encuentra incluida, dado que en esa cuestión se siguen las reglas generales sean las intervinientes personas humanas o jurídicas. Se ocupa de la regulación tanto de la llamada autonomía conflictual cuanto la autonomía material. Dicho en otros términos, las partes se encuentran facultadas, según el CCCN, a someter el contrato internacional a una determinada ley o bien, también pueden convenir normas, reglas, para que rijan el contrato. No puede olvidarse, que la doctrina que sustenta esta norma sostiene que en virtud de la autonomía de la voluntad conflictual las partes no pueden desplazar las normas coactivas del derecho elegido, mientras que mediante la mentada autonomía material las partes se encuentran ante la posibilidad de desplazarlas cuando incorporan al contrato normas materiales contrarias a las normas materiales coactivas del derecho privado rector del negocio.

Con referencia, a la aceptación de la autonomía de la voluntad, cabe señalar, que el principio es consagrado de manera amplia, dado que se admiten: 1) El *dépeçage*, 2) El cambio, la mutación del derecho elegido, siempre que no se afecten la validez original y derechos de terceros, 3) Se rechaza el reenvío, lo cual significa, que salvo pacto en contrario, se entiende que las partes cuando eligen derecho aplicable lo hacen del derecho sustancial sin consideración, independientemente de sus normas de conflicto, 4) La incorporación por las partes de usos y prácticas comerciales generalmente aceptadas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional.

Se indica, que la mera elección de foro no es necesariamente un elemento que indique que se ha elegido tácitamente la ley aplicable. Tal como se indica, debo resaltar dos cuestiones, una, que se recepta la autonomía conflictual y la autonomía material, la autonomía expresa y la autonomía tácita, la otra que se emplea el término “derecho aplicable”, lo cual es una señal acerca de la amplitud que el legislador le da a la autonomía que permitirá escoger no solamente la ley entendida como una normativa emanada del legislador nacional, sino el derecho aplicable, abarcativo de normas que no provienen de los legisladores nacionales sino antes bien, de organismos privados. Por mi parte, debo destacar que estimo como positiva la inclusión de una disposición que recepte la autonomía de la voluntad en el área de los contratos internacionales, lo cual por otra parte he defendido desde décadas, aunque tengo, aunque no me explayaré en este trabajo sobre este aspecto, una perspectiva distinta con relación a la “autonomía material” que según la concibo es la que surge de los términos del artículo 958 del Código Civil y Comercial de la Nación aplicable a los contratos domésticos.

2.1.5. Ley aplicable en ausencia de elección

El régimen contractual internacional en el Código Civil sustituido se encontraba establecido en los artículos 1205 a 1216, que incluía disposiciones regulatorias en materia de ley aplicable a los contratos internacionales, a los contratos celebrados entre presentes y entre ausentes, y jurisdicción internacional.

En los artículos 1205, 1209 y 1210 se resolvía la cuestión de la ley aplicable, sujetándolo según el primer precepto a la ley del lugar de celebración y según las otras disposiciones, a la ley del lugar de ejecución del contrato. La razón de esta contradicción y en esto casi coincide la doctrina como la jurisprudencia argentina, se hallaría en la diversidad de las fuentes empleadas para su redacción por el Doctor Dalmacio Vélez Sársfield, con posiciones francamente divergentes. En efecto, tanto Savigny como Story, sujetan los contratos en materia de ley aplicable, a puntos, a criterios de conexión distintos; el primero a la ley

del lugar de ejecución o cumplimiento y el segundo a la ley del lugar de celebración o conclusión del contrato internacional.

Esta especial situación dio lugar a diversas interpretaciones doctrinarias, conforme con las cuales se ha entendido que la clave había que buscarla en si el contrato tenía inicialmente contacto o no con la República Argentina, sosteniéndose que si el contrato tenía desde el inicio algún contacto resultaban aplicables los artículos 1209 y 1210, esto es se aplicaba la ley del lugar de ejecución. En cambio, si el contrato no tenía vinculación con nuestro país *ab initio*, quedaba sujeto a lo que preceptuaba el artículo 1205, es decir, a la ley del lugar de su celebración¹⁸. Otra línea de pensamiento, que había tratado de superar la dicotomía indicada, consideraba que correspondía atender al lugar de ejecución del contrato, como elemento diferenciador de aplicación de una u otras disposiciones. Si el contrato internacional tenía lugar de ejecución determinado o determinable, conforme las pautas dadas por los artículos 1212 y 1213¹⁹ del Código Civil, se aplicaban los artículos 1209 y 1210, quedando sujeto a la ley de su cumplimiento; si en cambio el lugar de cumplimiento del contrato internacional resultaba indeterminado regía el artículo 1205, quedando sometido a la ley del lugar de su celebración.

Hasta ahora vimos como el Código Civil derogado empleaba en la búsqueda de la ley aplicable a los contratos internacionales, puntos de conexión de los denominados rígidos. Aunque no se puede olvidar que una parte de la doctrina y de la jurisprudencia argentina, con fundamento en el propio Código Civil, han adherido a criterios de conexión derivados del principio de proximidad, tales como los vínculos más estrechos, y una de sus derivaciones más paradigmáticas: la prestación más característica del contrato.

Esta peculiar teoría, desarrollada en los cuarentas, parte de la noción mediante la cual corresponde individualizar, identificar la obligación que diferencia, que distingue un tipo contractual de otro, atribuyendo apriorísticamente al contrato una naturaleza según la que una prestación resulta más gravitante, más trascendente que las restantes y con la suficiente entidad como para tipificarlo, para diferenciarlo de otros.

18 GOLDSCHMIDT, Werner. Derecho Internacional Privado. 9ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002; BOGGIANO, Antonio. *Contratos Internacionales*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1990; MARZORATI, Osvaldo. *Derecho de los Negocios Internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 2003, tomo I; FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. "Derecho Internacional Privado". Volumen 18 Colección Reformas al Código Civil. Colección dirigida por los Doctores Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana; AbeledoPerrot, 1994.

19 Art.1212 C.C.- El lugar del cumplimiento de los contratos que en ellos no estuviere designado, o no lo indicare la naturaleza de la obligación, es aquel en que el contrato fue hecho, si fuere el domicilio del deudor, aunque después mudare de domicilio o falleciere.

Art.1213 C.C.- Si el contrato fue hecho fuera del domicilio del deudor, en un lugar que por las circunstancias no debía ser el de su cumplimiento, el domicilio actual del deudor, aunque no sea el mismo que tenía en la época en que el contrato fue hecho, será el lugar en que debe cumplirse.

La prestación más característica encierra la idea que la ley aplicable al contrato internacional es aquella ley más próxima, más cercana sea a la dinámica del negocio, a su estructura interna, entre otras, y para una línea de pensamiento, esencialmente vincula al contrato con el ambiente socioeconómico del cual forma parte; aunque admite que su identificación en los casos en que las partes asumen obligaciones recíprocas, se relaciona con la prestación no monetaria, es decir, aquella por la cual se debe el pago²⁰. Admite dos posibilidades en su aplicación: a) la ley del lugar de cumplimiento de la prestación más característica del contrato, refiriéndose al lugar donde físicamente se realiza la prestación o bien, b) la ley del domicilio, la residencia habitual, el establecimiento del prestador más característico del contrato.

Precisamente, en este último aspecto, una de las cuestiones más delicadas que se plantea para el intérprete es la referida a la identificación, a la individualización de la prestación más característica del contrato. En ocasiones, resulta difícil discernir cual es la prestación que caracteriza el contrato, sea porque ambas son de igual jerarquía o porque son de igual naturaleza. Por cierto que es una tarea sencilla, cuando se trata de los denominados contratos unilaterales, ya que generalmente la prestación coincide con la del único contratante obligado. Desdichadamente, la empresa puede tornarse dificultosa cuando se trata de los contratos sinalagmáticos, donde resulta más complicada la determinación.

La irrupción en el campo de los contratos internacionales de la noción de la prestación más característica del contrato se ha constituido en el centro de las más encendidas polémicas entre quienes la defienden y quienes la deploran. Los detractores destacan que su reconocimiento supone: la consolidación de la posición del contratante más fuerte, sobre todo en los contratos celebrados entre empresas exportadoras de países industrializados y de importadoras de los denominados países no desarrollados o en vías de desarrollo o del tercer mundo; el fortalecimiento de la parte más fuerte cuando intervienen en la transacción internacional partes con desigual poder negociador; el desconocimiento que en la economía actual la otra prestación, la no-característica como es el pago del precio sirve en muchas ocasiones para determinar el tipo de contrato de que se trata como locación, permuta, compraventa internacional; la ignorancia acerca aquellos contratos en que las prestaciones son de igual jerarquía o lo que es más grave carecen de prestación más característica del contrato, talen como los contratos de permuta o *countertrade*, de intercambio de servicios especialmente interbancarios, contratos de cuenta corriente recíproca, de cambio de divisas alternativo, de *jointventure*, entre otros.

Los defensores, fundándose sean en razones económicas o

20 GIULIANO, M. y LAGARDE, P. *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*. p. 20.

jurídicas, sostienen que: conduce a la aplicación del derecho del Estado en que normalmente opera el prestador más característico, con el que está familiarizado. Este conocimiento de la ley aplicable, tiene la virtualidad de reducir los costos de información fomentando la contratación internacional; otorga seguridad en la determinación, en la precisión de la ley del contrato. Sobre todo en aquellos contratos internacionales con elementos muy dispersos, respecto de los cuales resulta muy difícil concretar el país con el que el contrato presenta estrechos lazos; ofrece una solución armónica entre las reglas rígidas tradicionales, abarcativas y las soluciones americanas flexibles pero imprevisibles²¹. La jurisprudencia argentina recepta la noción de la prestación más característica en las dos modalidades antes enunciadas. Así:

- En el caso “Estudios Espíndola c/ Bollati, Cristóbal. J.”, de la Cámara de Paz de la Capital Federal, Sala III, en 1970, el juez entendió que a falta de elección de ley aplicable al contrato, debía aplicarse el derecho chileno pues en ese país se debía ejecutar la prestación más característica del contrato, esto es la inscripción de marca.
- En “Transportes Mabellini S.A. c/Expofrut S.R.L. “, en la sentencia del Juzgado Nacional en lo Comercial N°13, Firme, del 29/07/77, se sostuvo en lo pertinente que: “...Cuando las partes en el contrato internacional no han designado lugar de cumplimiento a efectos de la determinación del derecho aplicable (Art. 1210) hay que atenerse a la naturaleza de la obligación y al lugar de celebración del contrato si allí se domicilia el deudor al momento de la celebración. (Art. 1212)...El lugar de cumplimiento del contrato internacional cuando las partes no lo han designado se define como el domicilio del deudor de la prestación más característica del contrato. ...El lugar de carga del contrato de transporte internacional es el lugar donde comienza su cumplimiento: allí el cargador la entrega al porteador y éste acepta para transportar, por lo tanto el derecho de ese lugar es el que rige las cuestiones suscitadas por el contrato si ellas no previeron otro...”
- En “Banco de Río Negro c/Independencia Transportes Internacionales”, con fecha 20/10/81, la Sala E de la Cámara

²¹ Esta noción es familiar para los operadores jurídicos argentinos. En la República Argentina la teoría de la prestación más característica del contrato ha logrado un importante desarrollo sobre todo a partir de la labor tanto en el ámbito doctrinario como jurisprudencial sobre todo a partir de la década de los años setenta. En los últimos años, destaca la opinión de la doctrina internacionalista argentina más autorizada, que en las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado realizadas en Rosario, entre el 18 y el 19 de noviembre de 1994 refiriéndose a la convención interamericana señalara que “la ausencia de presunciones y de pautas orientadoras claras dificulta la determinación del derecho aplicable”.

Nacional en lo Comercial, se sostuvo que el derecho aplicable era el derecho argentino, porque se encontraba en Buenos Aires al momento de la celebración del contrato -Art. 1212- el domicilio del banco deudor de la prestación característica del contrato.

- En “Cicerone José c/Banco de Entre Ríos s/ Sumario”, el 19 de febrero de 1982, se trataba de un contrato bancario internacional, específicamente de comisión mercantil de cobranza bancaria. Se sujetó el contrato al derecho sustancial argentino por entenderse que el lugar del cumplimiento es el lugar del domicilio del deudor de la prestación más característica del contrato cual es el domicilio del banco al que se le ha encomendado la cobranza en la República.

- En “Deutsches Reisebüro c/Speter, Armandos/Ordinario”, la Sala E Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, con fecha 27 de febrero de 1984, entre otras circunstancias como fue la introducción de la aplicación del derecho sustantivo común, en el caso la regulación de la asunción de deuda por el derecho alemán y el derecho argentino, estableció que el contrato de alojamiento objeto de la litis se encontraba sujeto a la ley del domicilio del deudor de la prestación más característica cual es la de alojar espectadores, en el caso el derecho argentino.

- En “Arrebillaga, Arturo E. Y otra c/ Banco de Santa Cruz”, el 1 de marzo de 1984, con relación a un contrato de intermediación internacional, se sostuvo la aplicación del derecho argentino por ser la ley del lugar del domicilio del intermediario o dicho de otro modo, por la ley del domicilio o del establecimiento del prestador característico del contrato.

- En “Expreso Mercurio S.A. c/Maupe S.A.”, del 7 de mayo de 1984, se trataba de un contrato internacional de transporte terrestre de mercaderías desde Brasil a Argentina. Se sostuvo que la conducta procesal asumida por las partes hizo regir el contrato por el derecho argentino. Sin perjuicio, de ello sostuvo el tribunal que de no haber mediado esta elección, siguiendo el criterio de la prestación más característica del contrato el contrato se hubiera regido por el derecho del domicilio del transportista, en el supuesto de autos la ley brasileña.

- En el fallo del 10/08/1988, en el ámbito provincial, en el caso Sagemuller, Francisco, la Cámara Segunda de Paraná Sala II, sostuvo en materia de un contrato internacional de compraventa de acciones que en el contrato de naturaleza bilateral, debe darse prevalencia a lo que se ha dado en llamar la prestación más característica del contrato, entendiéndose por tal aquella que dentro de la función económica del contrato configuran las conductas de adjudicaciones que más satisface el fin económico

del negocio. Se dijo puntualmente “Para determinar cuál es la prestación más característica del contrato de compraventa de acciones debe estarse no a la entrega de las acciones concebida como materialidad sino a la transferencia de la participación social en una empresa...Por lo tanto el punto de contacto lugar de cumplimiento, impone juzgar la litis a la luz del derecho material argentino...”²².

En suma, en la República Argentina, era fácil advertir una marcada tendencia doctrinaria y jurisprudencia que se inclinaba por la aceptación de los criterios flexibles, tales como de los vínculos más estrechos, vínculos más directos, entre los que se incluye en una de sus modalidades el de la prestación más característica en materia de determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales, con respecto a la cual no puedo ocultar mi escepticismo, mi desconfianza cuando quienes intervienen en la contratación no tienen igual poder de negociación²³.

2.1.6. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

El actual Código Civil y Comercial de la Nación se ocupa expresamente de la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección por las partes, cuando dispone: “Artículo 2652: Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes. En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración...”

El legislador argentino en este aspecto, cuando las partes no han ejercido su facultad de preseleccionar el derecho aplicable a sus contratos internacionales, los somete a la ley del lugar de su cumplimiento. Vale decir, califica lo que para el Código Civil y Comercial de la Nación es “lugar de cumplimiento”, siguiendo los lineamientos marcados por el Código Civil de Vélez, la doctrina, jurisprudencia y la fuente convencional argentinas.

22 FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Buenos Aires: Ed Universidad, 2000, p. 360-364.

23 Como por ejemplo sucede con los contratos celebrados electrónicamente entre empresarios y usuarios (*business to consumers*) (B2C); entre bancos y clientes, entre compañías de seguros y asegurados, entre consumidores y profesionales, entre trabajadores y empleados, agencias de viajes y turistas, entre otros.

2.1.7. Contratos entre ausentes

En el derecho argentino, antes de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en materia de contratos internacionales el codificador en la búsqueda de la ley aplicable al contrato celebrado entre ausentes no se expedía por ninguna de las teorías que se encontraban propuestas para solucionar el exacto momento en que se produce el perfeccionamiento del contrato, el momento de su celebración, tales como la teoría de la declaración o de la agnición, la teoría del conocimiento o información o reconocimiento. En este aspecto el artículo 1214 establecía: “Si el contrato fuere hecho entre ausentes por instrumento privado, firmado en varios lugares, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, sus efectos no habiendo lugar designado para su cumplimiento, serán juzgados respecto a cada una de las partes, por las leyes de su domicilio”. En esto Vélez Sársfield no pudo apartarse de Savigny, y dependía si el contrato tenía o no lugar designado de cumplimiento. Si lo tenía, se regía por la ley del lugar de cumplimiento, si no, por la ley del lugar del domicilio de cada una de las partes.

2.1.8. Código Civil y Comercial de la Nación

En la actualidad, a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo 2652 en su último párrafo establece: “...La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada”, en total consonancia y armonía legislativa con la fuente convencional, en este supuesto, con el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (artículo 42) que claramente le ha servido de fuente. La determinación de cuándo un contrato se perfecciona y la ley aplicable, son cuestiones de especial delicadeza y relevancia, a efectos de saber cuál es la ley aplicable en materia de formas de los actos jurídicos y desde hace algunas décadas, para saber cuál es el lugar de celebración de los contratos cuando se celebran empleando los medios electrónicos.

2.1.9. Limitaciones a la aplicación de la Ley Extranjera

En cuanto a las limitaciones a la ley aplicable, entre las más importantes, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia la tendencia demuestra una marcada inclinación hacia el reconocimiento de las restricciones del orden público internacional, así como de aplicación de las normas internacionalmente imperativas en el área de los contratos internacionales²⁴.

24 VITTA, Edoardo. “Cours Général de droit international privé”. *R. des C.*, vol 167, p. 21-243, quien en la página 217/-19 este autor dice: Las normas materiales imperativas tienen su origen

En materia de ejercicio de la autonomía de la voluntad, el legislador establece como límites: 1) el orden público internacional, 2) las normas internacionalmente imperativas del Estado argentino, 3) las normas internacionalmente imperativas del Estado que presentan vínculos económicamente preponderantes con el caso, 4) el fraude, 5) los contratos de consumo, en los que el legislador impide el ejercicio de la autonomía de la voluntad en sus dos vertientes, jurisdiccional y legislativa.

A su turno, como cierre, no se puede perder de vista, lo establecido en el artículo 2653 que introduce lo que se denomina cláusula de excepción, cuando dice: "Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el que la relación jurídica presente los vínculos más estrechos". Esta disposición es una muestra más de la pluralidad metodológica del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que no se contenta con emplear en las normas de derecho internacional privado indirectas, criterios de conexión rígidos sino también los flexibles fundados en el principio de proximidad.

2.2. Derecho Brasileño

2.2.1. Noción de Contrato Internacional

La doctrina más autorizada de la República Federativa de Brasil, ha sabido decir que: "*O que caracteriza a internacionalidade de um contrato é a presença de um elemento que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos. Basta que uma das partes seja domiciliada em um país estrangeiro ou que um contrato seja celebrado em um país, para ser cumprido em outro*"²⁵.

2.2.2. Autonomía de la Voluntad

El derecho brasileño ha sufrido una evolución que merece ser analizada. En efecto, el principio de la autonomía de la voluntad fue reconocido por parte de la doctrina brasileña con fundamento en lo establecido por el artículo 13 de la Introducción al Código Civil de

en los principios de política legislativa de un Estado y su respuesta trata de ser proyectada sobre todo tipo de situaciones, incluidas las situaciones de tráfico externo, FERNÁNDEZ ROZAS, José C. y SANCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho Internacional Privado*. Op. cit. p. 179-182, quienes refiriéndose a este tipo de normas explican que la protección de estos valores o intereses de política legislativa se consigue imponiendo la respuesta concreta que estima el legislador de ese Estado a la situación de tráfico externo y no admitiendo en todo caso otra respuesta distinta que eventualmente podría surgir de la aplicación de una ley diferente, la ley estatal reguladora del fondo del contrato.

25 ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Editorial Renovar, 2008.

1916, que disponía: “Regulará, salvo estipulaçãemcontrário, quanto a substancia e aosefeitos das obrigações, a lei do lugar ondeforem contraídas...”²⁶. Queda claro, que el fundamento para la aceptación de la autonomía eran los vocablos: “salvo estipulaçãemcontrário” empleados por la norma transcripta.

Pongo de resalto que la única modificación efectuada a esta disposición por la LICC, fue la supresión de las expresiones: “salvo estipulaçãem contrário”, lo cual se ha interpretado por gran parte de la doctrina, como la prohibición lisa y llana del ejercicio de la autonomía de la voluntad²⁷. Si bien la doctrina mayoritaria y jurisprudencia brasileñas, se han mostrado tradicionalmente reticentes a la aceptación de la autonomía de la voluntad con fundamento en las normas de fuente interna, una parte destacable de la doctrina propicia su aceptación²⁸.

Con relación al principio de la autonomía de la voluntad resulta destacable el artículo 1965 que establece: “No prevalece lo dispuesto en el artículo (es decir el principio del lugar de ejecución): 1. Quando as partes no respectivos instrumentos, ou em instrumento posterior, houverem convencionado que o contrato seja julgado pelas leis do Império ou pelas de um país estrangeiro determinado y 2. Quando as partes nos respectivos instrumentos, ou em instrumento posterior se tiverem obrigado a responder pelo contrato no Império, ou num país estrangeiro determinado”... (artículo 32)²⁹.

En tal entendimiento, el derecho aplicable es tal y como surge del artículo 9 la ley del lugar de celebración de contrato.

2.2.3. Ley aplicable

Sin embargo, en una línea más reciente se afirma que: “A pesar que la regla brasileña es la de celebración, la de ejecución tiene preponderancia en la jurisprudencia, pues se interpretó que a la ley del lugar de constitución se suman las exigencias de la ley del lugar de ejecución “sendo mais comumo correrem os litígios no local da execução (lugar onde o devedortemseudomicilio, bens e estabelecimento comercial, e onde é mais fácil obter o pagamento, a lei

26 LOPES, Miguel M. de Serpa. *Comentários a Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, vol II, p. 199-200. VALLADAO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, vol II, p. 366; TENORIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976, vol II, p. 176.

27 VALLADAO, Haroldo, Op. cit., p. 186.

28 RODAS, João Grandino. “Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente as obrigações contratuais. Contratos Interaccionais”. *Revista dos Tribunais*. 1985. p. 32, sostiene que : “si se toma en consideración la disposición taxativa del artículo 9 de la Ley de Introducción al Código Civil, no se puede afirmar la existencia de la autonomía de la voluntad para la indicación de la norma aplicable en el Derecho Internacional Privado brasileño”.

29 SAMTLEBEN, Jürgen. “Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino americano”. *Revista de Informação Legislativa*. 1985, ano 22, n° 85, p. 267 y siguientes; ARAUJO, Nadia de. Op. cit.; p. 395.

brasileira é invariavelmente a aplicable”.

Sin embargo, tal como resulta fácil de advertir, la doctrina de Freitas, no pudo convencer al legislador brasileño, ya que ni el Código Civil de 1916, ni la LICC de 1942, admitió el principio de la autonomía de la voluntad en contratos internacionales, aunque más recientemente la doctrina brasileña propone y esto a los fines del presente trabajo no puede ser soslayado, que “...Una solución adecuada sería la sustitución del artículo 9 de la LICC por las normas de la Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, que fue suscripta por Brasil, la que serviría no solamente para regular los contratos internacionales con los países americanos, sino también como regla de conflicto aplicable a todas las relaciones contractuales internacionales”³⁵.

En este aspecto, se puede sostener acertadamente que el problema de la autonomía de las partes no ha sido respondido todavía adecuadamente en el Brasil.

Mi impresión es que la doctrina se ha esforzado a través del tiempo en brindar el apoyo teórico suficiente para admitirlo; y lo ha logrado, pero sin convencer. La jurisprudencia no ha hecho todo lo suyo, a veces luce contradictoria, pero en verdad, tampoco el artículo 9 de la “Lei de Introdução ao Código Civil de 1942” brinda muchas alternativas”. Y agrega, refiriéndose al “Projeto de Lei Complementar N° 243 de 2002, también conocido como Projeto Moreira Mendes. Los artículos 31 a 35 de ese Projeto no hacen honor a todo el esfuerzo que ha desplegado la doctrina brasileña por décadas y mucho menos a la suscripción hecha por Brasil de la Convención de México. No admiten la autonomía conflictual en materia de determinación del Derecho aplicable. Realmente, con todo respeto, esos artículos tan solo pueden verse como un repentino alto en el camino, que afortunadamente retomará su dirección hacia adelante a toda velocidad. Parece en este sentido que el artículo 11 del Projeto de Ley N° 4905 de 1995 seguía una mejor orientación³⁰.

En síntesis, las disposiciones de Derecho Internacional Privado de fuente interna brasileñas, se encuentran fundamentalmente en el artículo 9 de la Ley de Introducción al Código Civil con arreglo a la cual, los contratos internacionales celebrados entre presentes son regidos por la ley del lugar de celebración de la obligación. En este último aspecto, no puedo dejar de mencionar por su anticipación, además por haber sido fuente de inspiración del codificador civil argentino derogado, a Augusto Texeira de Freitas, el sabio jurista brasileño nacido en Bahía en 1816 y fallecido en Río de Janeiro en 1883, que con respecto a la ley aplicable a la sustancia de los contratos adopta tanto en el artículo 1962

30 HERNANDEZ-BRETON, Eugenio. “Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional”. *Revista Jurídica El Dial: Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*. 2006.

del “*Esboço*”³¹, como en los artículos 409 y 410 de su “Consolidación de Leyes Civiles”, el principio de la ley del lugar de ejecución. Define el lugar de ejecución, en el artículo 1963 que guarda gran similitud con el homónimo artículo 1212 del Código Civil argentino derogado³², como el lugar designado para el cumplimiento del contrato o que resulte de la naturaleza de la obligación, el domicilio del deudor si en él se celebró el contrato, el lugar de celebración del contrato fuera del domicilio del deudor si las circunstancias en este lugar debería cumplirse la obligación, y subsidiariamente el domicilio actual del deudor. Y en caso de haber varios lugares de cumplimiento designados o de dudas por el lugar de celebración o el domicilio del deudor, dice que se aplica: “*cuyas leis forem mais favoráveis a plenitude da intenção das partes contratantes*”.

2.2.4. Contratos entre ausentes

Cuando el contrato es celebrado entre ausentes, el segundo párrafo del artículo 9 dispone que la obligación se reputa constituida en el lugar en que reside el proponente. Esta disposición se encuentra en consonancia con lo establecido por el artículo 435 del Código Civil, que considera celebrado el contrato en el lugar en que fue propuesto. La propuesta es entendida no como la inicial sino la finalmente aceptada, según se interpreta el artículo 431: “La aceptación fuera del plazo, con adiciones, restricciones, o modificaciones, importará nueva propuesta”.

2.3. Derecho Paraguayo

Hasta que entró en vigor el Código Civil paraguayo de 1985 en 1987, la República del Paraguay había adoptado el Código Civil Argentino derogado, produciéndose una suerte de unificación, homogeneización jurídica con arreglo a la cual bastaba leer el Código Civil de Vélez Sarsfield derogado para conocer el derecho paraguayo, porque sencillamente era el mismo³³.

2.3.1. Noción de Contrato Internacional

En la actualidad, en una tendencia legislativa notable dentro del derecho interamericano, el legislador paraguayo sanciona el 14 de enero del 2014 la Ley 5393 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, en la que introduce, entre otros preceptos, una noción de contrato internacional, siguiendo los lineamientos de la Convención

31 MEIRA, S. *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1979.
32 Resulta fácil advertir las similitudes entre los textos de Vélez Sársfield, Freitas y el legislador argentino del Código Civil y Comercial. Del 2015.

33 SAPENA PASTOR, Raúl. *Derecho Internacional Privado. Parte General. Derecho Civil Internacional*. Buenos Aires: Editorial Asunción, 1994, tomo I.

Interamericana de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de México de 1994 así como de otros foros de codificación fundamentalmente la Conferencia de La Haya. En efecto, una noción de contrato internacional puede derivarse del texto del artículo 2, cuando bajo el título de Internacionalidad del contrato: “La aplicación de esta Ley a los contratos internacionales será interpretada de la manera más amplia posible, y solamente quedarán excluidos aquellos en los que todos los elementos relevantes estén vinculados con un solo Estado”. Contrario sensu, si el contrato tiene por lo menos un elemento relevante que estén vinculado con más de un Estado, se está sencillamente, ante un contrato internacional.

2.3.2. Autonomía de la Voluntad

No existía, y ello es necesario destacarlo, en el Código Civil paraguayo, al igual que el argentino derogado que fuera su fuente, una disposición que expresamente se refiriera a la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales.

Sin embargo, un dato que a mi juicio permitía vislumbrar un cambio significativo, resultaba de la sanción de la Ley N° 1879/02 de Arbitraje y Mediación, que en el artículo 32 recepta ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad como criterio regulador en materia de ley aplicable al fondo del litigio en el arbitraje comercial internacional, siguiendo los lineamientos establecidos en las reglas establecidas en el artículo 28 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional (siglas en castellano CNUDMI, en inglés UNCITRAL) en su versión de 1985.

El Poder Ejecutivo del Paraguay publicó oficialmente el 20 de enero del 2014 la Ley 5393/2015, sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, poniendo fin de esta forma a una polémica tanto doctrinaria cuanto jurisprudencia desplegada acerca de la posibilidad de las partes de preseleccionar la ley que habría de regir las transacciones contractuales internacionales.

La ley permite acordar la ley que las partes estimen más conveniente para sus contratos internacionales, para otorgar una mayor previsibilidad y confianza a los operadores de los negocios internacionales. Se dispone que “un contrato será regido por el derecho elegido por las partes, y que las mismas podrán elegir el derecho aplicable a todo el contrato o a una parte del mismo solamente. Las partes podrán, incluso, optar por distintos derechos a ser aplicables a distintas partes del contrato, en la medida en que los mismos sean claramente distinguibles. La elección de derecho o su modificación podrán ser realizadas en cualquier momento”³⁴.

³⁴ Este artículo como los artículos del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina,

2.3.3. Ley aplicable en defecto de elección

Según establece el artículo 11 de la ley paraguaya mencionada, en ausencia o ineficacia de la elección: 1. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho con el cual tenga los vínculos más estrechos. 2. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato para determinar el derecho con el cual tiene vínculos más estrechos.

Tal como se advierte fácilmente, la Ley 5395 sigue las aguas de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacional (CIDIP V de México de 1994), por lo que se inclina por sujetar al contrato internacional en ausencia de elección por las partes, a la ley con el que guarda vínculos más estrechos, receptando criterios reguladores flexibles con fundamento en el principio de proximidad.

2.3.4. Limitación a la aplicación de la Ley Extranjera

El legislador paraguayo, en el artículo 17 se ocupa de las leyes de policía y orden público como limitaciones al derecho aplicable a los contratos internacionales. En la parte pertinente de la disposición aludida dice: "... 1. La elección por las partes del derecho aplicable no impide que el juez aplique las normas imperativas del derecho paraguayo que, según este derecho, deben prevalecer aun en presencia de la elección del derecho extranjero. 2. El juez puede tomar en consideración las normas imperativas de otros Estados estrechamente vinculados con el caso teniendo en cuenta las consecuencias de su aplicación o inaplicación. 3. El juez puede excluir la aplicación de una disposición del derecho elegido por las partes si y solamente en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público". De manera, que a pesar del criterio de amplitud que surge del texto de la Ley 5395/15, el derecho aplicable quedará excluido ante la presencia de normas internacionalmente imperativas y del orden público internacional. He aquí otra similitud que debo señalar con relación al derecho argentino a partir de la reforma del 2015.

2.4. Derecho Uruguayo

2.4.1. Noción de Contrato Internacional

No surge del Código Civil uruguayo, una norma que califique al contrato internacional. La más autorizada doctrina uruguaya, ante la dificultad que presenta su noción, ha preferido definirlo a *contrario sensu*,

guardan grandes similitudes dado que se han valido de las mismas fuentes.

diciendo que “es el que no tiene todos sus elementos nacionales”³⁵, o bien dentro de una línea realista “cuando el cumplimiento de las obligaciones emergente del mismo afecta a más de una economía nacional”³⁶.

2.4.2. Autonomía de la Voluntad³⁷

La República Oriental del Uruguay se erige hasta la fecha en la que aún no se sancionó la nueva Ley de Derecho Internacional Privado que cambia esa línea de pensamiento, como uno de los más férreos bastiones contra la aceptación de la autonomía de la voluntad en la esfera de la contratación internacional. En efecto, la doctrina uruguaya ha sido mayoritariamente contraria a la aceptación del principio de la autonomía de la voluntad, posición que ha sido unánimemente seguida por la jurisprudencia y recibida en las normas tanto de fuente interna como convencional³⁸. Se ha afirmado que “la jurisprudencia uruguaya no ha tenido las vacilaciones que mostró en un primer momento la (doctrina) argentina”, explicando que “influyó sin duda la firme posición contraria a la autonomía en materia de elección de ley y jurisdicción que tuvieron los codificadores. Así por ejemplo:...el Código de Comercio de 1865 en relación específica con el contrato de transporte, establecía en el artículo 1270, que el contrato de fletamento de un buque extranjero, que haya de tener ejecución en la República, debe ser juzgado por las establecidas en este Código, ya haya sido estipulado dentro o fuera de la República”³⁹.

Un cambio significativo importaría, la aprobación del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado para la República Oriental del Uruguay, cuyo título IX dedicado a las Obligaciones, en la Sección I se dedica a las Obligaciones contractuales en los artículos 45 al 50 inclusive, comienza por calificar al contrato internacional. El artículo 45 establece que un contrato es internacional cuando “las partes tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados diferentes o si dicho contrato tiene vínculos jurídicos suficientemente relevantes con más de un Estado”.

35 ALFONSIN, Quintín. *Régimen Internacional de los Contratos*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1950, p. 7.

36 HARGAIN, Daniel y MIHALI, Gabriel. *Circulación de bienes en el MERCOSUR*. Buenos Aires: Editorial Bdf, 1998, p. 212.

37 TALICE, Jorge R. *Derecho comercial internacional, apuntes de clase*. s.l.: s.n, 1979; MATEO de OTEIZA, Vivien. “La compraventa internacional de mercaderías”. *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*. 1985, n°35-36, p. 11 y siguientes. TELECHEA BERGMAN, Eduardo. “La autonomía de la voluntad en la contratación jusprivatista internacional contemporánea”. *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*. 1984, p. 89; SANTOS BELANDRO, Ruben B. Op. cit.; p. 96.

38 VARELA, Pedro. *Apuntes de Derecho Internacional Privado*. Montevideo: s.n, 1911; ALFONSIN, Quintín. *Régimen Internacional de los Contratos*. Montevideo: s.n., 1960; VARGAS GUILLEMETTE, Álvaro. *Codificación Nacional de Derecho Internacional Privado*. Montevideo: s.n, 1943.

39 FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia. *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*. Op. cit.; p. 67.

Asimismo, en consonancia con el modelo establecido por la Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los contratos internacionales de 1994 (CIDACI), el legislador uruguayo en el artículo 48 excluye de su ámbito de aplicación ciertas obligaciones contractuales, dada su especificidad y en función de que cuentan con regulación propia. Y dando cuenta de un objetivo de alteración radical en la materia, el artículo 50 admite para los contratos internacionales la aplicación “cuando corresponda de los usos, prácticas y principios de del derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales”. Este precepto se funda, tal como surge de la exposición de motivos, en una regla de amplio recibo en especial en materia comercial, que permite incorporar prácticas y principios que no son contenido de reglas normativas, así como soluciones generadas en organismos especializados, tales como el UNIDROIT con sus célebres Principios.

En materia de ley aplicable se contemplan separadamente dos supuestos. El primero se refiere al caso en que las partes en el contrato han escogido la ley aplicable; el segundo, cuando éstas no lo han hecho, En el primer supuesto, el artículo 46 innova respecto de las soluciones vigentes, “en sintonía con la tendencia unánime mundial”, ya que se acepta el *dépeçage* y se entiende que la selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección de derecho aplicable. A su turno, en el artículo 47 dedicado a la ley aplicable sin acuerdo de partes, se reproduce en lo pertinente los criterios vigentes en el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940, sobre el que me explayaré en el próximo apartado, sujeta al contrato a la ley del lugar de su cumplimiento y subsidiariamente, si ese lugar no puede determinarse según los criterios que el mismo establece, a la ley del lugar de celebración del contrato.

En materia de contratos internacionales de consumo, siguiendo la línea de pensamiento de la doctrina uruguaya sensible a esta cuestión, se incorpora el artículo 49 que prevé un estatuto mínimo para determinar la ley aplicable, en virtud de la importancia que tiene para el país, en especial en las zonas de turismo, el supuesto de consumidores extranjeros que realizan negocios en la República Oriental del Uruguay, los que desde cierto ángulo son calificables como relaciones de consumo.

2.4.3. Ley aplicable. Criterio regulador

El delegado uruguayo en los Tratados de Montevideo, propuso en una línea de total coherencia legislativa, la armonización entre la ley de fuente interna y la fuente convencional, incorporando el Apéndice al Código Civil, Ley 10084, del 3 de diciembre de 1941. Para Vargas Guillemette su autor, desde el argumento de que el contrato es un elemento social, sostuvo que el derecho es eminentemente social y en consecuencia

inalterable de la vida en comunidad. Por lo tanto, lo que protege el orden jurídico no es la voluntad sino el contenido y el fin de ésta, o sea, el poder de querer o el hecho que se traduce en un interés social. Para este autor, la voluntad de las partes no podía sino moverse dentro del orden social que le confiere la ley competente, o sea, como voluntad negocial, estableciendo el precio, el plazo, las condiciones de pago, la forma y el momento de la entrega y los demás derechos y obligaciones de las partes y no como una voluntad conflictual. Sostuvo, al igual que José Pedro Varela, siguiendo a Brocher, von Bar y Dreyfus, que la doctrina de la autonomía de la voluntad es exacta dentro del orden interno, pero parásita o antijurídica dentro del Derecho internacional privado⁴⁰.

En tal sentido, en consonancia con lo precedentemente expuesto, el artículo 2399 mantiene la solución de la ley del lugar de cumplimiento y expresamente se remite a las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 del Tratado de Derecho Civil de 1889.

A su turno, el artículo 2403 en consonancia con lo establecido por la fuente convencional, rechaza expresamente el principio de la autonomía al disponer que: “las partes no pueden modificar las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este título”, agregando que la voluntad de las partes “sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente”. Por ende, conforme esta disposición, cuando un contrato deba cumplirse en Uruguay, la ley aplicable y el juez competente serán los uruguayos (artículos 2399 y 2401) y las partes no pueden modificar estas reglas de competencia legislativa porque la ley competente se los prohíbe (art. 2403)⁴¹.

Una parte de la doctrina uruguaya se ha expedido con relación a la prestación más característica, destacando tanto sus ventajas como sus desventajas, entre las últimas señala que: “...La exclusión sistemática de la ley del Estado donde daba ejecutarse el contrato es igualmente motivo de reservas, ello favorece a los productores y exportadores de los países industrializados. El panorama se ha complicado en el campo contractual dando entrada en el plano normativo a consideraciones materiales como la protección del consumidor o la del trabajador, lo que viene a perturbar indudablemente la simplicidad de la tesis. Actualmente, se ha rechazado cada vez con mayor fuerza la afirmación según la cual, la prestación que no expresa dinero debe ser la característica del contrato puesto que es una simplificación demasiado excesiva que exige un adecuado reajuste...”⁴².

40 VARGAS GUILLEMETE, Álvaro. *Criterio de solución de los llamados conflictos de leyes en su relación con los Tratados de Montevideo de 1889*. Buenos Aires: s.n., 1938.

41 FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia. *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1991, p. 64-73. Esta autora aporta además una interesante reseña de casos jurisprudenciales de la justicia uruguaya.

42 SANTOS BELANDRO, Ruben B. *El derecho aplicable a los contratos internacionales. Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*. Montevideo: Facultad de Derecho Universidad de la República. Fundación de Cultura Universitaria, s.a.

2.5. Derecho Venezolano

La ley de Derecho Internacional Privado de la República Bolivariana de Venezuela, se ocupa de las obligaciones convencionales en los artículos 29,30 y 31.

2.5.1. Autonomía de la Voluntad

Establece que las obligaciones convencionales contractuales se rigen por la ley elegida por las partes, siguiendo los lineamientos de la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los contratos Internacionales de 1994, de la cual es parte Venezuela y dice textualmente: “Las obligaciones convencionales se rigen por el derecho indicado por las partes”. De manera que la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana de 1998, expresamente consagra la autonomía de la voluntad en el área de los contratos internacionales.

2.5.2. Ley aplicable en defecto de elección

Asimismo, en ausencia de una elección válida de la ley aplicable, los contratos serán gobernados por la ley con la cual se encuentren directamente vinculados, tal y como surge del texto del artículo 30 que establece: “A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. El tribunal tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. El legislador se inclina, tal como se advierte, por los criterios flexibles basados en el principio de proximidad, no obstante que en la redacción se separa de su fuente, que es la CIDIP V de México sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994.

2.5.3. Fuente convencional. Tratado de Montevideo de 1940⁴³

Tres de los cinco países del MERCOSUR, Argentina, Paraguay y Uruguay⁴⁴, se encuentran vinculados por Tratados de Montevideo,

43 CIURO CALDANI, M. A. “Derecho Internacional Privado de los contratos en general en el MERCOSUR”. *Investigación y Docencia*. 1994, n° 24, p. 37. El autor estima que una cuestión que merece ser considerada es si estos Tratados, elaborados para un Derecho Internacional Privado “entre Estados” diferenciados conservan su vigencia en un proceso de integración como el MERCOSUR. Sostiene que nos encontramos en un proceso que cambia fundamentalmente la realidad y que las soluciones que contienen los Tratados, opuestas a la autonomía de las partes para elegir el derecho aplicable y basadas en el punto de conexión lugar de cumplimiento, no corresponden a la nueva situación que nos toca vivir; del mismo autor “Bases para el Régimen de los Contratos en el MERCOSUR”. *Investigación y Docencia*. 1998, n° 31, p. 19; PALLARÉS, Beatriz. “Comentario a las normas de los Tratados de Montevideo”. En: MOSSET ITURRASPE, J.; PIEDECASAS, M. A. (ed.). *Código Civil Comentado. Contratos. Parte general*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 487-494.

44 Fue ratificado por Argentina (18/06/1956), Paraguay (29/01/1958) y Uruguay (12/11/1942).

fundamentalmente por el de Derecho Civil Internacional (artículos 36 al 42 inclusive), del que emanan los criterios en materia de ley aplicable a los aspectos generales de los actos jurídicos, de los contratos internacionales. No obstante, en otros de los Tratados de Montevideo se encuentran algunas normas específicas tales como en el de Derecho Comercial Terrestre Internacional (artículos 12, 14 a 18), en el de Derecho de la Navegación Comercial Internacional (artículos 20, 25/28 y 32), entre los principales. A esta obra de codificación no pertenecen ni Brasil ni Venezuela.

2.5.4. Contrato Internacional

El Tratado no contiene una noción, una calificación de contrato internacional, aunque como veremos en los próximos apartados se puede inferir de sus soluciones, que toman como elementos de internacionalidad, el lugar de ejecución y subsidiariamente, el lugar de celebración del contrato.

2.5.5. Autonomía de la Voluntad

En relación a la admisibilidad o rechazo de la autonomía de la voluntad, cabe recordar, que el artículo 5 del Protocolo Adicional expresamente dispone que: “La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados no pueden ser modificados por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”.

Para comprender esta disposición, no hay otra manera que hacerlo dentro del contexto histórico en el que los Tratados fueron sancionados. Detenerse en la lectura de los debates reflejados en las Actas e Informes presentados por los Delegados de los Estados intervinientes, que optaron por la tendencia mayoritaria existente en ese momento de rechazo de la autonomía de la voluntad. Este pensamiento estuvo motivado por el paroxismo, por el festival que se vivía debido a la amplitud reconocida en tiempos del individualismo jurídico y por el otro, que había que terminar con este rechazo, con un tema siempre latente en los países latinoamericanos de los débiles por los poderosos.

En ocasión de la presentación del Informe Final del Tratado de Derecho Civil Internacional, el miembro informante, doctor Álvaro Vargas Guillemette, dijo:

“Es de toda evidencia que la competencia soberana del Estado, en su faz legislativa o judicial, sobre relaciones jurídicas internacionales que se localizan en su medio social civil o económico, no pueden quedar al arbitrio de la voluntad de las personas que quieran variar la competencia correspondiente, indicando otras leyes u otros jueces que los del país de

la afectación preponderante o aún exclusiva. La voluntad de las partes no puede sino moverse dentro del límite o autonomía que le fija la ley competente, como dentro del Derecho interno de un Estado, no puede exceder el campo de actividad que aquélla delimita. Ha constituido pues un error de buena parte de la doctrina internacional de todas las épocas, no advertir en toda su importancia que la noción de la autonomía de la voluntad es absolutamente parasitaria en el desenvolvimiento de nuestra rama del Derecho y que nada tiene que hacer como principio de solución de conflicto de leyes, que siendo conflictos de soberanías, interesadas en el curso de relaciones jurídicas internacionales, están por encima de los propósitos de voluntad de las personas. Por mi parte he sostenido, con el apoyo unánime del Instituto de Derecho Internacional de Montevideo y de la Delegación que representa a mi país en este Congreso, que en el protocolo adicional debe figurar por su importancia como regla de interpretación de las posiciones contenidas en los diversos Tratados, que en ningún caso la voluntad de las partes comprometidas en la relación jurídica, puede alterar o variar el orden normal de las competencias legislativas o judiciales que en ellas se determinan. La norma de Derecho Internacional privado que es por su esencia y por su finalidad, una norma distributiva de la competencia legislativa y judicial de los distintos Estados, están por encima de la voluntad de las personas, que no tienen facultad para discriminar y resolver sobre limitaciones recíprocas de las soberanías de los distintos países. No niego la nobleza histórica de ese principio, que tiene su arraigo en la vieja doctrina estatutaria y arranca del primero quizá de los autores llamados tales. Quiero decir que por error, ese principio que alcanzó extraordinario desarrollo dentro de los límites de las legislaciones particulares de los Estados, fue trasplantado al campo de aplicación del Derecho Internacional Privado cuando se hizo más intensa la influencia determinante de las concepciones individualistas del siglo XVIII. En la actualidad el favor del que gozó aquel principio, que fue erigido en dogma indiscutido, cuando las concepciones individualistas del siglo XVIII se combinaron con los principio de la Escuela economista, en un régimen que con propiedad pudo llamar Haurion, como de *'le debordement du contrat'*, ha ido desapareciendo en gran parte y aun en los límites sociales de las legislaciones particulares de los Estados, el interés recomendable que protege la ley, impone justos límites al imperio de la voluntad de las partes, para determinar el Derecho correspondiente a los contratos”.

Esta exposición del miembro informante fue pronunciada respecto del tratamiento del régimen patrimonial matrimonial y cuando se trató el título correspondiente a los actos jurídicos, manifestó:

“Téngase por repetido con referencia a este punto, lo que expresamos al

tratar el problema de las relaciones de bienes entre esposos, desechando el principio de autonomía de la voluntad de las partes para designar ley competente”⁴⁵.

Cabe resaltar, por ser de interés a los fines de este trabajo, que durante el debate fue rechazada la propuesta de la delegación argentina presidida por el doctor Carlos María Vico que propuso un agregado a la redacción del artículo 33 en vigencia, estableciendo que “la ley del lugar de cumplimiento regiría el contrato, sin perjuicio de la voluntad de las partes, en cuanto a sus efectos, consecuencias y ejecución”⁴⁶. Dijo, “*que en el orden interno de cada Estado, en materia contractual, la mayor parte de las disposiciones legales son de un carácter supletorio, es decir, que se legisla para el caso de silencio u oscuridad de las estipulaciones. Las normas imperativas sólo se reducen a asegurar las condiciones indispensables de la validez de los pactos. Pero cuando un contrato pasa al orden internacional, se le ofrece a las partes la posibilidad de eludir el orden imperativo acudiendo a una legislación más benigna aunque dotada de una menor o de ninguna competencia sobre la relación jurídica y en detrimento de la que ofrece mayores títulos para regirla. O sea: de la ley del país en que se radica, jurídica y económicamente el vínculo*”.

En relación a la propuesta argentina, el miembro informante sostuvo: “Vuestra Comisión la rechazó, por entender que la voluntad de las partes, librada en su extensión a la ley competente, dejaba de ser problema de Derecho Internacional Privado, para convertirse en un problema semejante al que plantea todo contrato dentro de la legislación local de cada país. Puede afirmarse (...) que en el seno de vuestra Comisión triunfó con carácter general y afirmativo, el principio que niega toda legitimidad a la autonomía de la voluntad, para erigirse en norma reguladora del conflicto de leyes”.

Una parte de la doctrina uruguaya más autorizada dijo refiriéndose a los Tratados de Montevideo de 1940 que: “Primó el concepto de que

⁴⁵ Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo, 1939-1940. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1940, p. 276-289.

⁴⁶ Y agrega el miembro Informante del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940: “No asistió el informante a la reunión de la Comisión en que el profesor Vico sostuvo con brillantez el punto de vista de su delegación. Pero de sus palabras resulta claramente establecido que ese agregado no tuvo por una parte la más mínima referencia con los elementos del contrato que escapan a la voluntad de las personas, y que por otra solamente podía tener aplicación dentro del margen de licitud que le otorgara la legislación competente en la esfera internacional. No era pues ni mucho menos impropia, la propuesta de la delegación argentina, pero así mismo vuestra Comisión la rechazó por entender que la voluntad de las partes, librada en su extensión a la ley competente, dejaba de ser un problema de Derecho Internacional Privado, para convertirse en un problema semejante al que plantea todo contrato dentro de la legislación local de cada país. Puede pues expresarse, tomando como base las palabras y aclaraciones formuladas en ocasión de debatirse ese punto, que en el seno de vuestra Comisión triunfó con carácter general y afirmativo, el principio que niega toda legitimidad a la autonomía de la voluntad para erigirse en norma reguladora de los conflictos de leyes”.

en el orden internacional debe prevalecer el interés tutelar organizador de los Estados sobre las convenciones de los particulares. Se consideró la conveniencia de que en los Tratados quede puntualizado lo más inequívocamente posible la ley competente y la jurisdicción, sin la incertidumbre y la versatilidad propias de la voluntad libre. En el régimen contractual, se tuvo en cuenta el deber del Estado de evitar que, al amparo de ciertas modalidades muy en boga, como los contratos de adhesión, la parte que en ellas representa el elemento personal preponderante imponga restricciones odiosas al derecho de la otra parte, mediante cláusulas de renuncia de ciertas leyes protectoras o de sometimiento a determinadas jurisdicciones”.

En este aspecto, el doctor Quintín Alfonsín respecto del artículo sancionado dice: “Esta disposición (se refiere al artículo 5 del Protocolo Adicional) también fue una solución de compromiso entre la opinión uruguaya, que deseaba proscribir por completo de los Tratados la autonomía de la voluntad de las partes como reguladora de la competencia de las judicaturas y del régimen de las relaciones extranacionales y la opinión argentina, que deseaba implantarla”.

Y agrega: “Este artículo impuso a las partes la aplicación de las leyes señaladas por los Tratados para regular las relaciones, a menos que el Estado cuyo derecho fuera aplicable al caso poseyera una norma nacional de derecho privado internacional consagradoria de la autonomía mencionada; si así fuera, las partes podrían elegir la ley aplicable en la medida en que lo autorizara dicha norma”. De lo que puedo inferir, siguiendo el razonamiento del ilustre maestro uruguayo, que si de lo que se trata es de encontrar una norma expresa consagradoria o no de la autonomía de la voluntad en la fuente interna, como ninguno de los Estados que han ratificado el Tratado de Montevideo de 1940 posee una disposición de este tenor, la autonomía de la voluntad no resulta admisible. Por el contrario, sí existe una norma que expresamente la rechaza en el artículo 2403 de la Ley Vargas Guillemette de 1941 al Código Civil Uruguayo. Para reforzar la tesis que defiendo me permito recordar las palabras del miembro informante del Tratado de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940 en relación al artículo 27, que establece la nulidad de toda cláusula del contrato de fletamento y de transporte de mercancías o de personas que establezca otra competencia que la de los tribunales del lugar de ejecución o, a opción del demandante, los del domicilio del demandado, que si bien se refieren al tema jurisdiccional, aborda la cuestión de la autonomía de la voluntad y refleja el panorama del pensamiento en ese momento que explica las soluciones adoptadas. González Gowland fundando la norma mencionada sostuvo: “El principio de la autonomía de la voluntad que se ha invocado para sostener la validez, es en el caso inoperante, porque tratándose como indudablemente se trata de

contratos de adhesión, cuyas cláusulas se imponen por los armadores del cargador, este carece de la libertad indispensable para discutir las condiciones del contrato, afectando el consentimiento y por ende la validez del acto jurídico. Dichas cláusulas colocan a los consignatarios en situación de manifiesta desigualdad, rompiendo el equilibrio contractual, toda vez que le imponen la obligación de recurrir a los tribunales del domicilio del armador, para exigir el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades emergentes del contrato, con todos los inconvenientes y erogaciones resultantes de la distancia. En tanto el armador, en el caso improbable de promover litigio, digo improbable porque impone al cargador el pago del flete en el acto de efectuar la carga, los intentará ante los jueces de su propia sede, con todas las ventajas que ello importa. La tiranía ejercida sobre los cargadores por organismos poderosos como las actuales compañías de navegación, frente a las cuales los comerciantes se encuentran abandonados y desarmados, ha llevado al derecho positivo y jurisprudencia contemporáneos, a fulminar la nulidad de las cláusulas atributivas de jurisdicción”. Y culmina diciendo: “La Argentina que siempre había declarado su validez, se pronunció definitivamente por la ineficacia al dictar la Corte Suprema de Justicia el fallo de 16 de noviembre de 1936, y los Estados Unidos de Brasil se han orientado en idéntica dirección por la jurisprudencia de los tribunales federales”. Más allá de la interpretación del doctor Antonio Boggiano⁴⁷, en consonancia con la interpretación del Doctor Quintín Alfonsín y otros prestigiosos autores uruguayos, me permito seguir sosteniendo sin ambages, acompañada por aquellas palabras pronunciadas por el Miembro Informante: En conclusión, los contratos internacionales que caen bajo el ámbito del Tratado de 1940 quedan regulados por el artículo 36 que establece que: “La ley del lugar en donde los contratos deben cumplirse rige: a) su existencia; b) su naturaleza; c) su validez; d) sus efectos; e) sus consecuencias; f) su ejecución; g) en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea”. En su defecto, el contrato queda sujeto a la ley del lugar de su celebración. Respecto, de las restricciones a la aplicación de la ley extranjera, el artículo 4 del Protocolo Adicional establece:

“Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso”.

47 BOGGIANO, Antonio. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 1993, y en contra de la posición sostenida por la autora del presente puede verse: BOGGIANO, Antonio. *Contratos internacionales*, p. 18, autor que señala: “El art. 5 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo parece admitir el principio de autonomía sólo en la medida en que lo admita la ley competente determinada por los tratados. Así, v.gr., si la ley aplicable es argentina las partes pueden elegir el derecho aplicable, según lo admite el derecho internacional privado argentino. También puede verse, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y FRESNEDO, Cecilia. “Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR”. En: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Editorial Zavallía, p. 990-991.

Cuadro I. Fuente interna de los Estados parte del MERCOSUR

	DERECHO ARGENTINO
Autonomía de la Voluntad	El Código Civil y Comercial de la Nación recepta expresa y ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad (artículo 2651).
Ley aplicable en ausencia de elección	El Código Civil y Comercial de la Nación somete el contrato, en ausencia de elección, a las leyes y usos del país del lugar de su cumplimiento. (Artículo 2652). Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que el lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. Subsidiariamente, por la ley del lugar de celebración.
Contratos entre ausentes	La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

	DERECHO BRASILEÑO
Autonomía de la Voluntad	No existe una norma que expresamente reconozca la autonomía de la voluntad en el ámbito internacional. La doctrina mayoritaria y jurisprudencia brasileñas, se han mostrado tradicionalmente reticentes a la aceptación de la autonomía de la voluntad con fundamento en las normas de fuente interna. Actualmente, una parte destacable de la doctrina propicia su aceptación
Ley aplicable	Según el artículo 9 de la Ley de Introducción al Código Civil, los contratos internacionales celebrados entre presentes son regidos por la ley del lugar de celebración de la obligación.
Contratos entre ausentes	Cuando el contrato es celebrado entre ausentes, el segundo párrafo del artículo 9 de la Ley de Introducción al Código Civil dispone que la obligación se reputa constituida en el lugar en que reside el proponente.

DERECHO PARAGUAYO	
Autonomía de la Voluntad	No existía en el Código Civil paraguayo derogado una disposición que expresamente se refiera a la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales. Sin embargo, esa circunstancia ha cambiado a partir de la entrada en vigor de la Ley 5393 que la recepta expresa y ampliamente.
Ley aplicable en ausencia de elección	El contrato se sujeta al derecho del Estado con el guarde vínculos más estrechos.

DERECHO VENEZOLANO	
Autonomía de la Voluntad	Se recepta ampliamente este principio, según surge de la Sección 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998.
Ley aplicable en ausencia de elección	Se siguen los lineamientos de la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, y se emplean criterios de conexión flexibles en consonancia con el principio de proximidad. Aunque difieren en la redacción legislativa.

DERECHO URUGUAYO	
Autonomía de la Voluntad	El artículo 2403 del Código Civil uruguayo rechaza expresamente el principio de la autonomía al disponer que: “las partes no pueden modificar las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este título”, agregando que la voluntad de las partes “sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente”.
Ley aplicable	El artículo 2399 del Código Civil adopta la solución de la ley del lugar de cumplimiento y expresamente se remite a las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 del Tratado de Derecho Civil de 1889.

Cuadro II. Fuente convencional

	TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1940
Autonomía de la Voluntad	El art. 5° del Protocolo Adicional expresamente dispone: “la jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados no pueden ser modificados por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”.
Ley aplicable	El artículo 2399 del Código Civil adopta la solución de la ley del lugar de cumplimiento y expresamente se remite a las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 del Tratado de Derecho Civil de 1889.
Contratos entre ausentes	Somete el perfeccionamiento del contrato a la ley del lugar de donde partió la oferta aceptada (art. 42) En los demás aspectos la ley aplicable es la del lugar de ejecución.

3. CONVENIO DE ROMA Y REGLAMENTO ROMA I. CUADRO COMPARATIVO

El Convenio de Roma (CR), a tenor del artículo 1.1 dispone que será aplicable, en las situaciones que implican un conflicto de leyes a las obligaciones contractuales, dicho en cuando concurre en la situación, uno o varios elementos de extranjería, sean cuales sean dichos elementos, con independencia de su naturaleza, intensidad o relevancia.

3.1. Ley aplicable. Autonomía de la voluntad

Respecto de la ley aplicable que rige el fondo del contrato, cabe señalar que el CR emplea puntos de conexión en cascada, primero, la ley elegida por las partes, de conformidad con lo establecido por el artículo 3, segundo, a falta de elección por los contratantes o si tal elección no es válida el contrato se rige por la ley del país con el que presenta vínculos más estrechos. El artículo 4 CR, en sus apartados 2 a 4, contiene unas presunciones que el tribunal debe tener presente para precisar con qué país el contrato presenta vínculos más estrechos.

El principio de base se encuentra plasmado en el artículo 3.1 que establece que “los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. La elección deberá realizarse en forma expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”. El primer criterio de conexión para determinar la ley aplicable, es la autonomía

de la voluntad conflictual. Es decir, el derecho del que disponen las partes de elegir la ley que regula el contrato en que participan. Ahora bien, debe distinguirse de esta autonomía, la que ha dado en llamarse la autonomía material, que consiste en la posibilidad de que disponen los contratantes de establecer pactos o cláusulas del contrato que regulan aspectos concretos de la dinámica contractual, todo ello, dentro de los límites fijados por un concreto ordenamiento jurídico .

Seguidamente, el CR distingue dos hipótesis, aquella contratación en que las partes se encuentran en paridad contractual, es decir tienen igual poder de negociación (artículos 3 y 4), y la contemplada para aquellos contratos en que intervienen personas que se encuentran en una posición de debilidad, de vulnerabilidad con respecto al otro cocontratante, tales como los consumidores, los trabajadores (artículos 5 y 6).

El artículo 3 en su última parte acepta, dentro de un criterio de amplitud, la posibilidad de que las partes puedan designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato, admitiendo de este modo el *dépeçage* voluntario. Ahora bien, a pesar de esta amplitud, la CR no facilita, no respalda el festival del ejercicio de la autonomía de la voluntad en la esfera internacional, dado que emplea el término ley y no derecho, excluyendo la posibilidad de elección de la denominada *lexmercatoria*. En esta línea el CR proscribe:

- a) El “contrato sin ley” o “contrato autorregulado”. Se trata de un contrato con un articulado muy preciso y extenso que intenta ser “autosuficiente” redactado con la intención de sustraer el contrato a toda ley estatal;
- b) El contrato sometido exclusivamente a “ordenamientos no estatales”, como la nueva *lexmercatoria*, Reglamentos de organizaciones comerciales internacionales, Derecho Internacional Público, etc.;
- c) El contrato sometido a “referencias jurídicas vagas”, como los Principios generales del Derecho, buena fe contractual, principios jurídicos comunes a varios ordenamientos, entre otras.
- d) El contrato provisto de “cláusulas de estabilización”. Se trata de cláusulas por las que la ley elegida por las partes no está sujeta a los posibles cambios legislativos operados por el legislador, cláusulas, que provocan la petrificación de la ley aplicable y que conducen a un “contrato sin ley” autorregulado⁴⁸.

En el siguiente párrafo del artículo 3, se establece que los contratantes pueden elegir la ley aplicable a al contrato en cualquier momento, antes, durante o después de su celebración. Asimismo, admite

48 CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*. 7ª ed. Granada, Editorial Comares. 2006, p. 337-396.

que las partes puedan modificar la preselección realizada y cambiar o hasta cancelar la elección realizada. En esta última hipótesis el contrato internacional estará sujeto a la ley aplicable en subsidio, es decir a la ley establecida por el legislador a falta de ejercicio de la autonomía, tal conforme surge del artículo 4. Ahora bien, y siguiendo en la línea de limitación al festival del que hablamos antes, se admite la posibilidad de cambio de la ley aplicable, pero esta modificación no podrá perjudicar la validez formal del contrato o afectar los derechos de terceros.

3.2. Ausencia de elección de Ley aplicable

A falta de elección de ley por las partes, la ley rectora del contrato queda determinada mediante lo establecido por el mencionado artículo 4 que indica:

- a)* El contrato se rige por la ley del país con el que presenta vínculos más estrechos (artículo 4.1);
- b)* Se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos, con el país en que la parte que debe realizar la prestación más característica del contrato tiene, en el momento de la celebración del contrato su residencia habitual o, si se trata de una persona jurídica, su administración central (artículo 4.2).
- c)* Se presume que el contrato que tiene por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble, presenta los vínculos más estrechos con el país en que se encuentra situado el inmueble (artículo 4.3.).
- d)* Se presume que el contrato de transporte de mercancías está más estrechamente vinculado con el país de establecimiento principal del transportista si dicho país coincide con el país del lugar de carga o de descarga o de establecimiento principal del expedidor (artículo 4.4).
- e)* Las presunciones recogidas en el artículos 4.2, 3 y 4 no operan cuando resulta del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país. La presunción recogida en el artículo 4.2 no se aplica cuando no pueda determinarse la prestación más característica (artículo 4.5) denominada cláusula de escape o de cierre, que opera cuando los contratos no tienen prestación característica, cuando existe imprecisión de la sede del prestador más característica en el momento de la conclusión del contrato, como cuando es temporal, ante la imprecisión del lugar de situación del inmueble, cuando los contratantes tienen la residencia en el mismo país, y éste no es el país de la ubicación del inmueble.

El principio de proximidad que inspira el CR, como criterio flexible de conexión, es obviamente una solución de estilo anglosajón, que obliga al análisis caso por caso. Ello es realmente una dificultad, porque no se sabe con certeza jurídica, cual es la ley aplicable del contrato internacional, hasta que el intérprete la determine, y cuando la determine nadie puede garantizar que se apliquen las soluciones de casos similares, idénticos.

Por eso se ha sostenido que las disposiciones de la CR sufren de serias deficiencias, sosteniendo que la fórmula empleada por el artículo 4.1 “es insatisfactoria y problemática ya que deja en duda la decisión del caso hasta último momento, dependiendo también de la sofisticación del juez o del árbitro y, por tanto, los resultados a que puede conducir tal criterio pueden vacilar entre los basados en la geografía y aquellos inspirados por la teleología”⁴⁹.

3.3. Limitaciones a la Ley aplicables

Entre otras de las limitaciones a la ley aplicable en el artículo 7 del CR, se regulan las llamadas normas de policía. Así establece la aplicación al contrato de las normas del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera sea la ley aplicable al contrato, y faculta a que los jueces hagan lo propio respecto de las normas de policía de terceros Estados. Para que las normas internacionalmente imperativas resulten aplicables al contrato internacional, el artículo 7.2 exige exclusivamente dos requisitos: *a)* la norma internacionalmente imperativa debe manifestar su vocación de aplicabilidad espacial al supuesto. El contrato tiene que estar cubierto por el ámbito de aplicación espacial; *b)* la norma debe tener contenido obligatorio o imperativo, de modo tal que los intereses que protege se garantizan solamente mediante su aplicación.

Entre otras restricciones, cabe resaltar el artículo 16 deja salvo la inaplicación del derecho extranjero cuando sea incompatible con el orden público del foro.

En síntesis, después del análisis reflejado vimos que este

49 JUENGER, F. “El derecho aplicable a los contratos internacionales”. *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. 1994, n° 23, p. 50-53. Este autor critica la teoría de la prestación más característica del contrato, sosteniendo “que se trata de un concepto misterioso, casi místico que no es más que otro producto no convincente de adivinación más que de investigación”. Del mismo autor, “La Convención europea sobre el derecho aplicable a obligaciones contractuales: algunas observaciones críticas desde la perspectiva estadounidense”. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 1982, n° 14, p. 201-204; CALVO CARAVACA, Alfonso L. y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. Op. cit., p. 382, quienes señalan que la prestación más característica “es un concepto jurídico indeterminado...que exige un gran despliegue de actividad jurisprudencial en la que cuenta la sensibilidad del órgano jurisdiccional para detectar cuál es la conexión más estrecha y fijar los criterios que permitan establecerla; VIRGÓS SORIANO, M. “Obligaciones contractuales”. En *Derecho Internacional Privado. Parte especial*. 6ª ed. Madrid: Eurolex, 1995, p. 178-188.

instrumento jurídico internacional, recepta la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley aplicable, aunque no admite la posibilidad de que las partes elijan un derecho no estatal y en defecto de elección, el contrato se rige por la ley del país con el que tenga vínculos más estrechos, adoptando una conexión de las denominadas flexibles. Contiene además, algunas disposiciones específicas para regular los contratos internacionales en que intervengan partes débiles, tales como los contratos celebrados por consumidores y trabajadores.

3.4. Reglamento de Roma I

El Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante el Reglamento Roma I o simplemente el Reglamento), establece el régimen de normas de conflicto uniformes en materia de obligaciones contractuales y desde su entrada en vigor el 17 de diciembre del 2009 reemplaza al CR del 19 de junio de 1980, y se aplicará a los contratos celebrados dieciocho meses después de su entrada en vigor, lo cual, a su vez, tiene lugar veinte después de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE)⁵⁰.

Una primera mirada permite observar que entre otras diferencias, el nuevo marco normativo es un instrumento jurídico internacional de neto corte comunitario, que encuentra su base normativa en los artículos 61 y 65 del Tratado CE, disposiciones que fueron introducidas por el Tratado de Ámsterdam. Precisamente, el último precepto mencionado atribuye a las instituciones comunitarias la competencia para la elaboración de normas relativas a la cooperación judicial en materia civil, entre las que se incluyen:

1º) Las que tienen por objetivo mejorar y simplificar el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, la cooperación en la obtención de pruebas y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles;

2º) Las que persiguen “fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción”;

3º) Las que tienden a eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.

A merced del actual artículo 65, se ha producido la comunitarización del Derecho Internacional Privado, fenómeno estudiado por numerosa doctrina, entre la que destaca autores de la talla de F. Pocar, Th.M. de

50 GARCIMARTIN ALFEREZ, Francisco J. “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”. *Diario La Ley*, año XXIX, n° 6957, Sección Doctrina, Año XXIX, 30 de mayo del 2008.

Boer, H. Gaudemet-Tallon, J. Basedow, K., Boele-Woelki, M. Helmberg, H.U.Jessurund Oliveira, S. Knöfel, Ch. Kohler, S. Leible, A. Staudinger, E. Pérez Vera, K. Siehr. Así bien se ha dicho que a partir de la entrada en vigor el 1 de mayo de 1999 del mencionado tratado, la atribución en materia de Derecho internacional Privado es de competencia de la Comunidad Europea.

En efecto, la mentada comunitarización del Derecho Internacional Privado tiene por virtud aumentar el protagonismo de esta disciplina en materia de derecho comunitario, y mostrar que la vía preferida para llevarla a cabo es el Reglamento comunitario⁵¹.

El cambio de naturaleza jurídica, vale decir, pasar de ser convenio a reglamento, de instrumento convencional tradicional a instrumento de fuente comunitaria, no está exenta de producir entre otras consecuencias, por un lado, gozar de los atributos de cualquier reglamento comunitario (artículo 249 TCE), tales como la aplicación directa, inmediata, efecto directo, vertical y horizontal y por el otro, otorgar la competencia del órgano jurisdiccional comunitario como es el Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo para su interpretación uniforme⁵².

El Reglamento Roma I no se aplica a Dinamarca, quien queda fuera de este instrumento, por su posición respecto del Título IV del Tratado CE, para la que continuará en vigor el CR, tal como surge del considerando 46. Gran Bretaña e Irlanda también tienen una posición particular, en la medida que le está permitido ejercitar un opting-in (Artículo 69 del TCE) vale decir, optar por sumarse al Reglamento. Hasta ahora, Irlanda se ha manifestado con intención de aceptar el Reglamento desde el principio, tal como surge del considerando 44 del propio texto. Finalmente, quedan excluidos del ámbito de aplicación territorial, los territorios franceses y holandeses de ultramar (artículo 24.1).

En relación al ámbito de aplicación material este marco normativo se aplica en el ámbito civil y comercial, incluido los contratos de trabajo, tal y como surge del artículo 1, que desde ya conviene aclarar no introduce

51 Reglamento 1346/2000 de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia, Reglamento 1348/2000 de 29 mayo 2000 sobre a la notificación de documentos en materia civil o mercantil, Reglamento 1347/2000 de 29 mayo 2000 en materia matrimonial, -ya sustituido por el Reglamento 2001/2003 de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DOUE L 338 de 23 diciembre 2003)-, Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y Reglamento 1206/2001 de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones no contractuales (Roma II), del 31 de julio del 2007.

CÁRDENAS, Sara L. "El MERCOSUR: una mirada al futuro". *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*. 31 de marzo de 2006, n° 18. Disponible en: <www.eldial.com>

52 En el MERCOSUR la cuestión es diferente, ya que si bien se ha creado un Tribunal Permanente con competencia para emitir Opiniones Consultivas, no existe un Tribunal de Justicia con las mismas características de lo que existe en la Comunidad Europea.

modificaciones importantes con respecto a su antecedente directo el CR. No caen bajo su ámbito de aplicación, aunque con algunas salvedades, ciertas obligaciones relacionadas del estado civil o la capacidad de las personas físicas; ni las obligaciones derivadas de relaciones de familia, incluidos los regímenes económicos matrimoniales; ni aquellas obligaciones derivadas de instrumentos negociables distintos de letras, cheques y pagarés, la exclusión sólo abarca aquellas obligaciones que “se deriven de su carácter negociable”, ni las relacionadas con cláusulas de elección de foro y arbitrales, ni las cuestiones relativas a las sociedades y al *trust*, ni aquellos aspectos externos de la representación.

Sin embargo, el Reglamento suprime una exclusión contenida en su predecesor relacionada a los contratos de seguro, lo cual entre otras procura terminar con la dispersión normativa en la materia⁶⁴.

Si bien la estructura esencial del Convenio de Roma no es modificada por el Reglamento Roma I en lo esencial, el nuevo marco normativo se presenta como metodológicamente más complejo, dado que por un lado establece un régimen general (artículos 3 y 4) para seguidamente incorporar reglas especiales, para aquellos contratos con parte débil, tales como contrato de transporte (artículo 5), contratos de consumo (artículo 6), contrato de seguro (artículo 7) y contrato de trabajo (artículo 8).

3.5. Ley aplicable. Regla de base. Autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad es la regla de base en materia de ley aplicable quedando sujetos los contratos internacionales que caen bajo el ámbito del Reglamento, a la ley elegida por los contratantes, conservándose de manera este aspecto de una manera idéntica que su antecedente. Ahora bien, entre otras cuestiones, una que dio lugar a un importante debate al momento de su elaboración, fue lo relacionado con la cláusula de elección de foro como presunción de la manifestación tácita de la voluntad de las partes. Se dudó sobre incluir esta presunción, por entender que si las partes quieren realmente someter el contrato a una ley determinada deben decirlo expresamente. En caso contrario, es dable suponer que no tuvieron en mira la elección de la ley aplicable a su concreta transacción internacional. Esta presunción que figuraba expresamente en el CR, en el Reglamento Roma I aparece solamente como una presunción más en el considerando 12. Asimismo, al igual que el CR queda proscripta de su ámbito, por mantenerse el vocablo ley en el texto del artículo 3, la posibilidad que las partes elijan una ley no estatal, quedando fuera de las facultades de las partes la elección de la *lexmercatoria*, como conjunto de normas, principios, usos y costumbres generados al margen de una fuente estatal. Estimo que la solución es atinada, dado que la *lexmercatoria* es una fuente de misterio,

de incertidumbre, de perturbación. Aunque de sostenerse la opinión contraria se estaría desconociendo que investigaciones estadísticas llevadas a cabo, han demostrado que a pesar de ser posible esta elección en el arbitraje, solamente el uno por ciento (1%) de las partes la eligen como ley aplicable al contrato.

3.6. Ley aplicable en ausencia de elección

Cuando las partes no han ejercido la facultad de preseleccionar la ley aplicable, o ella ha resultado ineficaz, inválida, el artículo 4 del Reglamento Roma I a diferencia del CR que partía de la noción de los vínculos más estrechos, despliega un catálogo de ocho reglas especiales en función del tipo contractual (compraventa de mercaderías, prestación de servicios, contratos sobre inmuebles, contratos de franquicia, contratos de distribución, los contratos de venta de bienes mediante subasta, los contratos celebrados en mercados financieros). Solamente se mantiene el principio de los vínculos más estrechos como cláusula de escape, con carácter excepcional, al disponer que no se aplicará la ley designada conforme a las reglas, especiales o general, señaladas cuando el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos con otro ordenamiento jurídico. En materia de contrato de transporte, a diferencia del CR que tenía una regla especial aplicable en defecto de elección de las partes, el Reglamento unifica todos los contratos de transporte y los somete a lo dispuesto en el artículo 5 manteniendo la separación entre contratos de transporte de mercancías y contratos de transporte de personas. En este último aspecto, para los contratos de transporte de mercancías, se aplica la ley elegida por las partes y, en su defecto, la ley del país de residencia del transportista siempre que coincida con algunos de los tres criterios siguientes, la residencia habitual del consignatario, el lugar de recepción por el transportista de la mercancías o el lugar de entrega. Caso contrario, se aplicará la ley del lugar de entrega de las mercancías acordado por las partes. Para los contratos de transporte de personas, se introduce una innovación, que establece que en primer lugar, se aplicará la ley elegida por las partes, pero dentro de un catálogo limitado de opciones, la que debe coincidir o bien con la ley del país de residencia habitual del pasajero, con la ley del país de la residencia del transportista cuando coincide con el lugar de adquisición del billete, o con la ley del país donde se encuentre la administración central del transportista, o bien con la ley del lugar de partida, o con la ley del lugar de destino. En ambas hipótesis del contrato de transporte, sea de mercancías o de personas, funciona en toda su plenitud la cláusula de escape antes aludida.

En el artículo 6, se regula la cuestión de la ley aplicable a los contratos de consumo, estableciéndose una regla a favor de la protección

del consumidor, con dos innovaciones fundamentales. Una que el ámbito material del precepto se extiende a cualquier contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, para lo cual se califica al consumidor pasivo en consonancia con el artículo 15 del Reglamento Bruselas I. Para que ello ocurra el profesional debe dirigir sus actividades al país del consumidor y éste concluir el contrato de consumo en virtud de tales actividades. La protección al consumidor, se concreta mediante la adopción de una regla que establece que la ley aplicable es la del país donde el consumidor tiene su residencia habitual. En los contratos de seguro, más allá de algunas diferencias puntuales, cuando se trata de contratos relativos a grandes riesgos quedan sujetos a la ley elegida por las partes o bien, en su defecto a la ley del país en el que el asegurador tenga su residencia habitual, salvo que el contrato presente vínculos más estrechos con la ley de otro país (artículo 7.2). Si por el contrario, las partes no han escogido la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del Estado Miembro en el que el riesgo esté situado al momento de la celebración contrato.

En los contratos de trabajo, las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato individual de trabajo; no obstante, esta elección no podrá privar al trabajador de la protección que le ofrecen las normas imperativas de la ley que sería aplicable en defecto de dicha elección. Dicho en otras palabras, la autonomía juega solamente a favor del trabajador. A falta de elección, el contrato quedará sujeto a la ley del Estado en cuyo territorio el trabajador realice habitualmente su trabajo (artículo 8.2).

3.7. Limitaciones a la aplicación de la Ley extranjera

El artículo 9, siguiendo con la línea marcada por su antecesor el CR, regula lo relacionado con las normas de policía, disponiendo que sea cual sea la ley que ha de regir el contrato según las reglas de conflicto establecidas, su aplicación no podrá dejar sin efecto el juego de las normas de policía de la ley del tribunal, así como tampoco de las normas de policía de terceros Estados, aunque en esta hipótesis establece una serie de condiciones a reunir⁵³.

53 GARCIMARTIN ALFEREZ, Francisco J. Este autor señala en este aspecto, que la nueva redacción del artículo 9.3 sólo se explica como una solución de compromiso entre ambas posiciones. Por un lado, se mantiene la posibilidad de “dar efectos” a las normas imperativas de terceros Estados, pero se limita el elenco de leyes que han de tenerse en cuenta: a) sólo las del país o países donde debe cumplirse alguna de la obligaciones del contrato b) y, además, siempre que dichas leyes conlleven la ilegalidad del cumplimiento del contrato (aunque tal vez deba interpretarse en sentido amplio, no sólo el cumplimiento, sino el propio contrato). Los criterios que se le ofrecen al juez para decir si se da efectos o no son los mismos que en el Convenio: ha de atender a su naturaleza y objeto, así como a las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación.

Cuadro III: Comparación entre el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I

	<p align="center">Convención de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales</p>	<p align="center">Reglamento Roma I sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales</p>
<p>Ámbito de Aplicación Materias excluidas</p>	<p>El Art. 1 establece que las disposiciones del presente Convenio serán aplicables, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, a las obligaciones contractuales. No se aplicarán: a) Al estado civil y a la capacidad de las personas físicas, b) a las obligaciones contractuales relativas a los testamentos y sucesiones, los regímenes matrimoniales, los derechos y deberes derivados de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, incluidas las obligaciones alimenticias respecto a los hijos no matrimoniales; c) a las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones surgidas de estos otros instrumentos se deriven de su carácter negociable; d) a los convenios de arbitraje y de elección de foro; e) a las cuestiones pertenecientes al derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas; f) a la cuestión de saber si un intermediario puede obligar frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar, o si un órgano de una sociedad, de una asociación o una persona jurídica puede obligar frente a terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica; g) a la constitución de trusts, a las relaciones que se creen entre quienes lo constituyen, los trustees y los beneficiarios; h) a la prueba y al proceso, i) a los contratos de seguros que cubran riesgos situados en los territorios de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. Para determinar si un riesgo está situado en estos territorios, el juez aplicará su ley interna. El Art. 2. Dispone que la ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante.</p>	<p>Mantiene en líneas generales el mismo ámbito de aplicación. Fundamentalmente suprime una exclusión contenida en el CR relacionada a los contratos de seguro.</p>

Autonomía de la voluntad	El Art. 3 establece que los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.	Mantiene la misma disposición.
Internacionalidad objetiva	No contiene normas que califique al contrato como internacional. Sin embargo, el art. 3 al disponer que la elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo “disposiciones imperativas”, estaría indicando que esta normativa podría aplicarse a un contrato que no tuviera elementos extranjeros, más allá de la ley o el tribunal elegido.	No contiene modificaciones.
Número de leyes	El art. 3° dispone que las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato	Mantiene la misma disposición.
Oportunidad o tiempo de elección	El art. 3° establece que las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad bien sea en virtud de una elección anterior según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio. Toda modificación, relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato y no afectará a los derechos de terceros	Mantiene la misma disposición.
Rechazo del reenvío	El Art. 15 dispone que cuando el presente Convenio prescriba la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado.	El Art. 20 contiene una disposición idéntica al art. 15 CR.
Elección de la ley entre las jurídicamente interesadas	La autonomía conflictual no está limitada a un derecho que tenga un contacto objetivo con el contrato	No prevé ninguna innovación.

<p>Normas imperativas y orden público internacional</p>	<p>Según el Art.º 7, al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivan de su aplicación o de su inaplicación. Las disposiciones del presente Convenio no podrán afectar a la aplicación de las normas de la ley del país del juez que rijan imperativamente la situación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato. El Art.º 16 dispone que no podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Convenio salvo cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del fuero.</p>	<p>El Art. 9 sobre normas de policía reitera lo dispuesto por el art. 7 CR y el 21, sobre orden público del foro, lo expresado en el art. 16 CR.</p>
<p>Tutela de personas jurídicamente más débiles</p>	<p>El Art.º 5 regula los contratos celebrados por los consumidores. La elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual. En defecto de elección estos contratos se regirán por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual.</p> <p>El Art. 6 regula el contrato individual de trabajo, estableciendo que la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección. A falta de elección, el contrato de trabajo se regirá: a) Por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo. aún cuando, con carácter temporal haya sido enviado a otro país, o b) Si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país.</p>	<p>El Art. 6 innova en materia de contratos de consumo, ampliando el ámbito de aplicación. Dispone que: "...el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades. (...)</p>

<p>Ley aplicable en ausencia de elección de las partes</p>	<p>El Art. 4 establece que en la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida el contrato se regirá por <i>la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos</i>. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presente una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país.</p> <p>Se <i>presumirá</i> que el contrato presenta los vínculos más estrechos con <i>el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central</i>. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento.</p> <p>El Convenio trae otras presunciones para los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización del inmueble, los contratos de transporte de mercancías</p> <p>Estas presunciones quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país.</p>	<p>El artículo 4 del Reglamento Roma I a diferencia del CR que parte de la noción de los vínculos más estrechos, despliega un catálogo de <i>ocho reglas especiales en función del tipo contractual</i> (compraventa de mercaderías, prestación de servicios, contratos sobre inmuebles, contratos de franquicia, contratos de distribución, los contratos de venta de bienes mediante subasta, los contratos celebrados en mercados financieros). Solamente <i>se mantiene el principio de los vínculos más estrechos como cláusula de escape, con carácter excepcional</i>, al disponer que no se aplicará la ley designada conforme a las reglas, especiales o general, señaladas cuando el contrato presente vínculos manifiestamente más estrechos con otro ordenamiento jurídico.</p>
<p>Lexmercatoria</p>	<p>No contiene normas expresas al respecto. Como la Convención habla de ley aplicable, las partes no podrían elegir un ordenamiento no estatal.</p>	<p>No contiene normas expresas al respecto. El Reglamento también utiliza la expresión “ley aplicable”, en cambio de derecho.</p>

4. LA CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (CIDACI) DE MÉXICO DE 1994

Siguiendo el itinerario marcado por la propia estructura de la Convención, el objeto de la Convención tal como surge del artículo 1 consiste en determinar el derecho aplicable a los contratos internacionales (civiles y comerciales), entre sujetos privados individuales o colectivos (personas jurídicas, sociedades o empresas). Vale decir, abarca los contratos en los que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las Partes excluyan expresamente en el contrato, todas o alguna de estas categorías. Igualmente, cualquier Estado Parte podrá señalar, al momento de firmar, ratificar o adherir a la Convención, a qué clase de contratos aquélla no se aplicará. Siguiendo una técnica similar a la empleada por instrumentos jurídicos que le han servido de fuente normativa, tales como el CR, la Convención no se aplicará a las siguientes materias: cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las Partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las Partes; obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquéllas derivadas de relaciones de familia; obligaciones provenientes de títulos de crédito; comercialización de títulos en los mercados de valores; acuerdos sobre arbitraje o sobre elección del foro y cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general (artículo 5°).

4.1. Contrato Internacional

Para este instrumento jurídico, un contrato es internacional cuando las partes tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Parte diferentes o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte. De esta disposición, la del artículo 1° surge claramente, la adopción del criterio objetivo de internacionalidad; ya que la determinación de la internacionalidad del contrato es ajena a la voluntad de las partes. Aparece en la CIDACI, una calificación autárquica de contrato internacional, que puede ser desdoblado en dos: por un lado, adopta un criterio estricto, que está dado por la primera parte del inciso 2 del artículo 1° cuando dispone “que se entenderá por contrato internacional si las partes del mismo tiene su residencia habitual o su establecimiento en Estados diferentes”. Por el otro, con un criterio amplio, la internacionalidad del contrato estará dada cuando el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte.

4.2. Derecho aplicable. Autonomía de la voluntad. Alcance del principio. Lex mercatoria. Dépeçage

El derecho aplicable al contrato internacional será aquél que las partes han preseleccionado para regularlo o bien, en subsidio, el derecho del Estado con el que el contrato tenga vínculos más estrechos. Detengámonos por unos instantes aquí.

El artículo 7° dispone que “el contrato se rige por el derecho elegido por las partes”, de modo que aquí surge la facultad para las partes de elegir el derecho aplicable al contrato internacional. Se trata de una solución sustancialmente novedosa dentro de los instrumentos jurídicos internacionales en vigor, que recoge una línea evolutiva de aceptación dominante, consolidada en materia contractual tanto por el derecho positivo como por la práctica jurisprudencial comparada como es el principio de la autonomía de la voluntad⁵⁴. Sin embargo, si bien es cierto que la consagración de la autonomía conflictual marca un hito fundamental en el ámbito interamericano⁵⁵, su alcance es restringido dado que no depende de la voluntad de las partes determinar la calificación de internacionalidad de un contrato, la que se infiere a partir de elementos objetivos.

Luego de admitirse que la elección del derecho aplicable puede manifestarse de modo expreso o tácito, la CIDACI se encarga de pautar que la selección de un foro (jurisdicción) no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable. En efecto, la mención resulta a todas luces esclarecedora toda vez que existe la práctica de algunos Estados según la cual ambas cuestiones - ley aplicable y jurisdicción - parecen superponerse, a pesar que se afirme que la regulación de uno y otro tema deben guardar independencia, autonomía. Precisamente, durante el desarrollo de la Conferencia los delegados de EEUU, Canadá y

54 FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. *Contratos Internacionales. La autonomía de la voluntad*. Buenos Aires: AbeledoPerrot. Buenos Aires, 1995. También edición electrónica en la página de LexisNexis Argentina. 2001.

55 Opperti Badán hablando de su propio derecho sostuvo que sin entrar a discutir la consagración de este principio – a esta altura de aceptación generalizada - las primeras reacciones son en el sentido de un necesario e inaplazable reajuste del sistema de derecho internacional privado uruguayo. También coincide en este aspecto, otro prestigioso autor uruguayo como Eduardo Tellechea Bergman quien sostuvo con su acostumbrada claridad que “en tanto la autonomía amplia contractual opere con relación a casos jusprivatistas internacionales, reconozca como límite el orden público internacional del foro actuante, no resulte de una abusiva imposición inclusive económica de una parte sobre la otra y exista una vinculación internacional razonable entre la ley elegida y el caso reglado, la conexión resulta axiológicamente válida, en cuanto es respetuosa de las partes”. Sí, tal como precedentemente lo manifestamos, se está ante la innovación más relevante del texto bajo examen. Pensamos en este sentido, que si bien es cierto que en 1989 el contexto internacional no se encontraba predispuesto para la admisión del principio, lo cual solamente permitió establecer unas bases mínimas para una futura armonización en la materia, no lo es menos la solución del artículo 7 de la CIDACI no podía ser distinta dada la madurez alcanzada en 1994 por los derechos estaduales americanos.

Uruguay, propusieron se incorporara la palabra “necesariamente” para indicar que por sí sola la elección de jurisdicción no resulta suficiente como para inferir que ha habido acuerdo sobre la ley aplicable. Dicho en otras palabras, el pacto de jurisdicción es un elemento más a tomar en consideración para arribar a la determinación tácita de elección de derecho aplicable. Pero nunca el único⁵⁶. La disposición del artículo 1° emplea la expresión derecho en lugar de ley aplicable, lo cual permite a una parte de la doctrina entender con un criterio amplio, que bajo la Convención, en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes pueden elegir un cuerpo normativo o conjunto de reglas que no constituyan estrictamente un ordenamiento jurídico emanado de un legislador estatal. Desde mi mira la Convención misma aclara el punto excluyendo tal interpretación amplia cuando en el artículo 17 dispone: “Para los efectos de esta Convención se entenderá por derecho el vigente en un Estado con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”.

Quienes defienden una posición amplia, que no comparto, están refiriéndose a la posibilidad de elección por las partes como ley rectora del contrato internacional a la *lexmercatoria*. Según esta interpretación afirmatoria, la Convención le da intervención a la *lexmercatoria* por lo menos en cuatro ocasiones legislativas. En el artículo 3 cuando afirma que “las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional”.

En el inciso 2 del artículo 9 al englobarla dentro del derecho aplicable “también tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”. En el artículo 10: cuando establece “que además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas y las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso contrato”. En el artículo 15, al hacer referencia al mandato y la representación societaria ordena resolver los problemas referidos a los mismos de conformidad con el artículo 10, o sea de acuerdo con la costumbre, a los usos, las prácticas y los principios del derecho comercial internacional y no de acuerdo a lo dispuesto por los derechos internos.

Me permito añadir una quinta ocasión legislativa, que indudablemente sirve de fundamento a los detractores de la *lexmercatoria*, que es precisamente el texto del precedentemente mencionado artículo

56 Se rechaza la tendencia doctrinaria como jurisprudencial expuesta por el Profesor Doctor Antonio Boggiano desde que se expidiera como juez de primera instancia en los autos “Pablo Treviso SA y otros c/Banco Argentino de Comercio”, del 31 de agosto de 1976. Por mi parte, comparto la solución dada por la Convención.

17 con arreglo al cual la propia Convención califica que se entiende por derecho el vigente en un Estado con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

4.3. Ley aplicable en ausencia de elección

Cuando las partes no han elegido derecho aplicable, conforme el artículo 9 el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual el contrato tenga los *vínculos más estrechos*. Observo por un lado que se emplea un criterio de conexión de los denominados flexibles, lo cual constituye de por sí un elemento innovador que tiene como consecuencia el desplazamiento de la responsabilidad en la determinación del derecho aplicable al contrato internacional, desde el legislador al intérprete, sea un juez o un árbitro. Por otro lado, la CIDACI no le brinda al intérprete ningún criterio, ninguna pauta orientadora, apartándose de su fuente el CR, para determinar el derecho aplicable. Le indica que el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. Asimismo, surge del artículo 8, que las partes tienen la facultad de acordar la sumisión del contrato, total o parcialmente, a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido éste elegido por las Partes o no. La modificación no afectará la validez del contrato original ni los derechos de terceros.

Resulta oportuno señalar que en la República Oriental del Uruguay, la doctrina más prestigiosa, refiriéndose a la Convención Interamericana insiste en la importancia de definir los vínculos más estrechos y en lugar de dejarlo librado a un criterio del tribunal, destaca la conveniencia de presumir que se verifica en el Estado donde la prestación que lo caracteriza debe cumplirse. En tal sentido, se sostiene que el rechazo de esa presunción, con el pretexto de que éstas podrán ser diferentes según los distintos contratos -argumento del experto norteamericano Harold Burman en Tucson- tiene como razón de fondo dejar en manos del juez el problema, muy en la orientación del *common law*, en la que se prefiere a las partes y a los tribunales más que al legislador cuando de intereses privados se trata. Ello explica que igualmente se rechazara la propuesta conjunta de Herbert-Opertti de señalar la búsqueda del juez tomando la ley del domicilio de la persona física o sede del establecimiento de la persona jurídica, obligadas, ante la imposibilidad de determinar el lugar de la prestación más característica.

4.4. Limitaciones a la aplicación de la ley extranjera

La CIDACI contempla al orden público internacional como limitación a la aplicación de la ley extranjera, tal y como surge del artículo

18 dispone que el derecho designado por la Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro. En suma, entre sus rasgos salientes, uno, la consagración de la autonomía de la voluntad en materia de derecho aplicable a los contratos internacional y dos, la adopción de criterios de conexión flexibles para la determinación del derecho aplicable en ausencia de ejercicio de la autonomía de la voluntad por las partes, tres, no introduce a la prestación más característica del contrato como presunción de vínculos más estrechos, cuatro, recepta a la *lexmercatoria* como criterio orientador de interpretación para jueces y árbitros, cinco, admite la inaplicación del derecho extranjero cuando el derecho declarado aplicable contraríe manifiestamente el orden público del foro.

Cuadro IV: CIDIP V

	Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales México, 1994 (CIDIP V)
Ámbito de Aplicación Materias excluidas	<p>Según el art. 1º esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales.</p> <p>Esta Convención se aplicará a contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las partes en el contrato la excluyan expresamente. Sin embargo, cualquier Estado Parte podrá, al momento de firmar, ratificar o adherir a la presente Convención, declarar que no es aplicable a los contratos en que el Estado sea parte y/o declarar a qué clase de contratos no se aplicará la misma.</p> <p>El art. 2 dispone que el derecho aplicable según esta Convención se aplicará aun cuando tal derecho sea el de un Estado no Parte.</p> <p>El Artículo 5 establece las materias excluidas: a) las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes; b) las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia; c) las obligaciones provenientes de títulos de crédito; d) las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores; e) los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro; f) las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general.</p>
Autonomía de la voluntad	<p>El Artículo 7 dispone que el contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto.</p> <p>La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.</p>

Internacionalidad objetiva	El art. 1 establece que se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.
Número de leyes	El art. 7 dispone que elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.
Oportunidad o tiempo de elección	El Artículo 8 establece que en cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.
Rechazo del reenvío	El Artículo 17 determina que para los efectos de esta Convención se entenderá por “derecho” el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.
Elección de la ley entre las jurídicamente interesadas	La autonomía conflictual no está limitada a un derecho que tenga un contacto objetivo con el contrato
Normas imperativas y orden público internacional	El Artículo 11 dispone que se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos. A su vez el Artículo 18 establece que el derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro.
Tutela de personas jurídicamente más débiles	No contiene disposiciones al respecto
Ley aplicable en ausencia de elección de las partes	El Artículo 9 dispone que cuando las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tengalos vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.

Lexmercatoria	El Artículo 10 introduce a la lexmercatoria como criterio interpretativo en estos términos: se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. Se rechaza la lexmercatori como derecho aplicable por el art. 17 según el cual se entiende por derecho el vigente en un Estado.
----------------------	--

CONCLUSIONES. PROPUESTAS

El proceso de integración solamente podrá tener una consistencia real y, sobre todo, estabilidad y duración, si se logra darle una armazón institucional y jurídica suficientemente sólida. Es decir, el desafío consiste en la creación de estructuras estables, con suficiente aptitud para resistir al asalto de las crisis y a la erosión del tiempo⁵⁷.

Los puntos de contacto existentes entre los sistemas de derecho internacional privado de los países del MERCOSUR en materia contractual, ameritan ahondar en el campo de la armonización legislativa, sobre todo teniendo en cuenta las últimas reformas o proyectos de reformas introducidos por los legisladores de los países que lo integran en la fuente interna. (República Argentina, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en el 2015 y la República del Paraguay con la Ley 5393/2015).

Resultan notables la disminución de las asimetrías legislativas, cuando se observa que los legisladores argentino, paraguayo y uruguayo de la Reforma, se han nutrido para la elaboración de las normas de derecho internacional privado en materia de contratos internacionales en la Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de México de 1994, lo cual denota que no obstante que este instrumento jurídico internacional hasta la fecha ha recibido solamente dos adhesiones, impacta notoriamente a la hora de la puesta al día de las legislaciones en el área interamericana.

El compromiso asumido en materia de armonización legislativa en el artículo 1 del Tratado de Asunción debe encararse de forma de lograr el equilibrio, entre la conveniencia de sortear las disparidades y la necesidad de no trastocar la esencia, los rasgos definitorios, la identidad cultural de los Estados y de los pueblos que integran el espacio integrado del MERCOSUR.

El derecho contractual para el MERCOSUR, no es una misión imposible y se presenta como una herramienta útil para el fortalecimiento del esquema de integración. Los legisladores cuentan

57 Cfr. PESCATORE, Pierre. *Derecho de la Integración nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*. Instituto para la Integración de América Latina. s.n.: INTAL, 1973.

con los elementos disponibles a su alcance, ya que las bases ofrecidas por la regulación contractual existente, tanto en la fuente interna como convencional, así como las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales de los cinco países, muestran un estado de situación propicio para la búsqueda del consenso. Claro, solamente hace falta que esta aspiración sea interpretada por quienes tienen la tarea de realizarla. Porque llegó la hora de pensar en el futuro no como lo que va a ocurrir, sino antes bien como lo que estamos dispuestos a hacer.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFONSIN, Quintín. *Régimen Internacional de los Contratos*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1950.

ALFONSIN, Quintín. *Régimen Internacional de los Contratos*. Montevideo: s.n., 1960.

ANDRICH, Marta. "Derechos Humanos y globalización". *Revista Jurídica La Ley*. 18 de febrero de 1999.

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editorial Renovar, 2008.

BOGGIANO, Antonio. *Contratos Internacionales*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1990.

BOGGIANO, Antonio. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 1993

BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*. 3ª ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 1991, tomo II, p 258 y siguientes, 1991.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. *Derecho Internacional Privado*. 7ª ed. Granada, Editorial Comares. 2006, p. 337-396.

CALVO CARAVACA, Alfonso y BLANCO MORALES LIMONES, Pilar. *Globalización y Derecho*. s.l: Editorial Colex. 2003. DURAN AYAGO, Antonia. *La protección de menores en la era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización*, pág. 213.

CARBONELL, Miguel y VAZQUEZ, Rodolfo (ed.). *Estado constitucional y globalización*. México: Porrúa-UNAM, 2001.

CIURO CALDANI, M. A. "Bases para el Régimen de los Contratos en el MERCOSUR". *Investigación y Docencia*. 1998, nº 31, p. 19.

CIURO CALDANI, M. A. "Derecho Internacional Privado de los contratos en general en el MERCOSUR". *Investigación y Docencia*. 1994, nº 24, p. 37.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. "El Derecho internacional privado ante la globalización". *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. 2001, tomo 1.

FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. "Derecho Internacional Privado". En: ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberoto. *Colección Reformas al Código Civil*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 1994, vol 18.

FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. *Contratos Internacionales. La autonomía de la voluntad*. Buenos Aires: AbeledoPerrot. Buenos Aires, 1995.

FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado y de la Integración. Colección de Análisis Jurisprudencial*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2009.

FELDSTEIN de CARDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Buenos Aires: Ed Universidad, 2000, p. 360-364.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. "El futuro del MERCOSUR: la reglamentación mercosureña en materia de contratos internacionales desde la cosmovisión borgeana". *Revista Mexicana de derecho Internacional Privado*. 2000, n° especial, p. 34-39.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego y FRESNEDO, Cecilia. "Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR". En: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Editorial Zavallía, p. 990-991.

FERNANDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho Internacional Privado*. 4ª ed. Madrid: Thomson, Civitas, 2007.

FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia. *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1991.

GARCIMARTIN ALFEREZ, Francisco J. "El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?". *Diario La Ley*, año XXIX, n° 6957, Sección Doctrina, Año XXIX, 30 de mayo del 2008.

GIULIANO, M. y LAGARDE, P. *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*.

GOLDSCHMIDT, Werner. "Transactions between States and public firms and foreign private firms. A methologicalstudy". *Recueil des Cours*. 1972, tomo 136, II, p. 203 y siguientes.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1982, n° 315.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho InternacionalInternacional*

Privado. 9ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2002.

GRUNM Ernesto. *La globalización del Derecho: un fenómeno sistémico y cibernético*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 1995.

HARGAIN, Daniel y MIHALI, Gabriel. *Circulación de bienes en el MERCOSUR*. Buenos Aires: Editorial BdF, 1998.

HERNANDEZ-BRETON, Eugenio. "Propuesta de actualización de los sistemas latinoamericanos de contratación internacional". *Revista Jurídica El Dial: Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*. 2006.

JUENGER, F. "El derecho aplicable a los contratos internacionales". *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. 1994, n° 23, p. 50-53.

JUENGER, F. "La Convención europea sobre el derecho aplicable a obligaciones contractuales: algunas observaciones críticas desde la perspectiva estadounidense". *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 1982, n° 14, p. 201-204

KAPLAN, Marcos. *Estado y globalización*. México. UNAM, 2002.

KAPLAN, Marcos; MANRIQUE, Irma. *Regulación de flujos financieros internacionales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

LOPES, Miguel M. de Serpa. *Comentários a Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, vol II.

LOPEZ AYLLON, Sergio. *Globalización y transición del Estado Nacional. Estado constitucional y globalización*. México: Porrúa UNAM, 2001.

MARZORATI, Osvaldo. *Derecho de los Negocios Internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 2003, tomo I.

MEBROUKINE, Ali. "La Convention Algéro-française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue algérien". *Revue Critique de Droit International Privé*. 1991, p 1-39.

MEIRA, S. *Teixeira de Freitas: o juriconsulto do Império*. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1979.

PALLARÉS, Beatriz. "Comentario a las normas de los Tratados de Montevideo". En: MOSSET ITURRASPE, J.; PIEDECASAS, M. A. (ed.). *Código Civil Comentado. Contratos. Parte general*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 487-494.

PESCATORE, Pierre. *Derecho de la Integración nuevo fenómeno en las relaciones internacionales. Instituto para la Integración de América Latina*. s.n.: INTAL, 1973.

RODAS, João Grandino. "Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente as obrigações contratuais. Contratos Interacionais". *Revista dos Tribunais*. 1985. p. 32.

SAMTLEBEN, Jürgen, “Cláusulas de Jurisdicción y legislación aplicable en los contratos de endeudamiento externo de los Estados americanos”. *Revista del Derecho Industrial*. 1989, año 11, n°32, p. 363-390.

SAMTLEBEN, Jürgen. “Texeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino americano”. *Revista de Informação Legislativa*. 1985, ano 22, n° 85, p. 267-ss.

SANTOS BELANDRO, Ruben B. *El derecho aplicable a los contratos internacionales. Con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología*. Montevideo: Facultad de Derecho Universidad de la República. Fundación de Cultura Universitaria, s.f.

SAPENA PASTOR, Raúl. *Derecho Internacional Privado. Parte General. Derecho Civil Internacional*. Buenos Aires: Editorial Asunción, 1994, tomo I.

Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo, 1939-1940. Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1940, p. 276-289.

STIGLITZ, Joseph. *El malestar en la globalización*. México: Taurus, 2002.

TALICE, Jorge R. *Derecho comercial internacional, apuntes de clase*. s.l.: s.n., 1979.

TELECHEA BERGMAN, Eduardo. “La autonomía de la voluntad en la contratación jusprivatista internacional contemporánea”. *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*. 1984, p. 89.

TENORIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976, vol II.

TMATEO de OTEIZA, Vivien. “La compraventa internacional de mercaderías”. *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*. 1985, n°35-36, p. 11 y ss.

VALLADAO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

VARELA, Pedro. *Apuntes de Derecho Internacional Privado*. Montevideo: s.n., 1911.

VARGAS GUILLEMETE, Álvaro. *Criterio de solución de los llamados conflictos de leyes en su relación con los Tratados de Montevideo de 1889*. Buenos Aires: s.n., 1938.

VARGAS GUILLEMETE, Álvaro. *Criterio de solución de los llamados conflictos de leyes en su relación con los Tratados de Montevideo de 1889*. Buenos Aires: s.n., 1938.

VARGAS GUILLEMETTE, Álvaro. *Codificación Nacional de Derecho Internacional Privado*. Montevideo: editor, 1943.

VIRGÓS SORIANO, M. “Obligaciones contractuales”. GONZÁLEZ

CAMPOS, J. C., et al. En: *Derecho Internacional Privado. Parte especial*. 6ª ed. Madrid: Eurolex, 1995, p. 178-188.

VITTA, Edoardo. “Cours Général de droit international privé”. *R. des C.*, vol 167, p. 21-243.

A ARBITRAGEM INTERNACIONAL E A NOVA LEI PARAGUAIA DE CONTRATOS INTERNACIONAIS*

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA NUEVA LEY PARAGUAYA DE CONTRATOS INTERNACIONALES

*José Antonio Moreno Rodríguez***

Resumo: O Paraguai começa o ano de 2015 com uma nova lei de contratos internacionais, em consonância com as propostas vanguardistas avançadas por prestigiosas organizações codificadoras do mundo e das Américas. Nesta contribuição, se apresenta e explica a nova lei paraguaia no contexto, expondo suas potencialidades com respeito à arbitragem internacional.

Resumen: El Paraguay comienza el año 2015 con una nueva ley de contratos internacionales, en línea con las propuestas de vanguardia avanzadas por prestigiosas organizaciones codificadoras del mundo y las Américas. En esta contribución, se presenta y explica la nueva legislación paraguaya en su contexto dejando al descubierto su potencial con respecto al arbitraje internacional.

Palavras-chave: Direito internacional privado, Arbitragem internacional, Princípio da autonomia, Contratos internacionais, Aplicação da lei, Paraguai

Palabras clave: Derecho internacional privado, Arbitraje internacional, Principio de autonomía, Contratos internacionales, Aplicación de la ley, Paraguay

* O presente artigo foi publicado anteriormente em: *Temas Actuales de Derecho Bancario y Societario*. Asunción: Intercontinental Editora, 2015.

Versão em português de Maider Méndez e Renata Cenedesi.

** Redator da nova lei paraguaia de contratos internacionais. Membro do Tribunal de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Integrante da lista de árbitros do CIADI. Membro do Grupo de Trabalho sobre contratos internacionais da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Delegado por Paraguai ante a Comissão Especial sobre o tema contratual em 2012 e a sessão geral do Conselho em 2014, ambas de mencionado organismo. Membro do Conselho de Governo da UNIDROIT. Presidente da Associação Americana de Direito Internacional Privado. Membro do Comitê Jurídico Interamericano. Professor de graduação e pós-graduação em várias universidades, entre elas Paris II e Heidelberg, entre outras. E-mail: jmoreno@altra.com.py

1. INTRODUÇÃO

O Paraguai começa o ano de 2015 com uma nova lei de contratos internacionais, em consonância com as propostas vanguardistas avançadas por prestigiosas organizações codificadoras do mundo e das Américas. Nesta contribuição, o redator da nova lei paraguaia apresenta e explica a norma em apreço, expondo suas potencialidades com respeito à arbitragem internacional.

2. O PÊNDULO BALANÇA NOVAMENTE

A consolidação dos modernos Estados-Nação no século XIX deu impulso à disciplina do Direito internacional privado entendida em seu lado “*conflictualista*”, como destinada a resolver um “conflito de leis”. Recentemente, no entanto, têm-se visto notável dinâmica cosmopolita que tende a superar o *chauvinismo* ínsito à conflictualidade em matéria contratual¹. “*Inter alia*”, a autonomia da vontade vem se consolidando como um princípio em matéria de direito aplicável aos contratos internacionais, o que freqüentemente leva às partes a apontar a prevenir o inseguro mecanismo de “conflitos de leis” por meio de estipulações detalhadas em seus acordos ou seleções claras do regime jurídico que regerá os mesmos.

Além disso, a arbitragem foi se espalhando como meio normal de resolução de litígios comerciais, fornecendo aos juízes ferramentas poderosas para chegar a solução justa de problema transfronteiriço, mais além de mera obsessão pela aplicação automática de leis nacionais segundo algum mecanismo de conflito de leis.

No plano teórico, os fundamentos do fechado “*conflictualismo*” clássico padeceram de inúmeros ataques e, na prática, muitas vezes demonstrou-se que o sistema simplesmente não funcionava, por não dar a resposta adequada ou satisfatória às necessidades da atividade comercial internacional.

Organizações internacionais têm feito eco às necessidades de padronizarem-se as regras que regem a atividade comercial transfronteiriça, a fim de deixar para trás o *conflictualismo* ortodoxo; são notáveis, nesse sentido, os esforços globais como os da UNIDROIT, criada em 1926 sob os auspícios da Liga das Nações² e da UNCITRAL,

¹ Disso eu me ocupei em numerosos trabalhos; recentemente em: MORENO RODRÍGUEZ, José. “Los Contratos y La Haya: ¿Ancla al Pasado o Puente al Futuro?” [online]. En Contratación y Arbitraje, Contribuciones Recientes. Asunción: CEDEP, 2010, p. 5 e seguintes [acesso 22 de maio de 2015]. Disponível em: <<http://jmoreno.info/v1/wp-content/uploads/2014/11/Los-Contratos-y-La-Haya1.pdf>>

² Vide <www.unidroit.org> [acesso 22 de maio de 2015]. Disso eu me ocupei em: MORENO RODRÍGUEZ, José. “Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?” Revista Foro de Derecho Mercantil. 2005; reproduzido em: MORENO RODRÍGUEZ, José. Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje

originada dentro da própria Organização das Nações Unidas, em 1966³; além de organizações privadas, como a Câmara de Comércio Internacional (ICC)⁴, entre vários outros exemplos, que propõem regras uniformes para reger diferentes áreas de contratação internacional.

3. NÃO UM, MAS DOIS “CAVALOS DE TRÓIA” CONFLITUALISTAS

Nesse quadro, as duas últimas décadas têm assistido o surgimento de dois instrumentos conflitualistas com poderoso potencial para deixar atrás a ortodoxia do direito internacional privado do século XIX. Tais são os princípios da Convenção da Haia e da Convenção do México, dos quais me ocupo à continuação.

3.1. Princípios da Haia

Estabelecida na Haia, em 1893, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é uma organização intergovernamental desde 1955, e, sem dúvida, a organização de maior prestígio na matéria.

Composto por 78 Estados mais a União Europeia, a Conferência da Haia tem como objetivos a codificação parcial e gradual do direito internacional privado e o estabelecimento de mecanismos de cooperação judiciária internacional. Suas obras são distintas das outras organizações como a UNCITRAL, UNIDROIT. Em vez de avançar na unificação dos direitos de fundo, a Conferência da Haia tem sido caracterizada por produzir textos de direito internacional privado segundo o tradicional sistema conflitualista, em questões tão diversas quanto a proteção internacional das crianças, da família e direitos de propriedade, a cooperação jurídica, o litígio internacional, o direito comercial e o direito financeiro internacional⁵.

Em março de 2015, a Conferência da Haia concluiu o processo de aprovação de alguns “*Princípios*” de seleção do direito aplicável aos

[online]. Asunción: Catena Editores y CEDEP, 2006 [acesso 22 de maio de 2015]. Disponível em: <<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Jos%C3%A9-Antonio-Moreno-Los-principios-contractuales-de-unidroit.pdf>>

3 Vide <www.unidroit.org> [acesso 22 de maio de 2015]. MORENO RODRÍGUEZ, José. Op. cit., p. 5, e em MORENO RODRÍGUEZ, José. *Derecho Aplicable y Arbitraje*. Asunción: Intercontinental Editora, 2013, que conta também com edições publicadas em Peru, Colômbia, Espanha e Brasil.

4 A Câmara de Comércio Internacional, organização não governamental com sede em Paris— com más de 6,5 milhão de membros em 130 países <<http://www.iccwbo.org>> [último acesso: 22 de maio de 2015], propõe vários instrumentos normativos para que os particulares, fazendo uso da liberdade contratual, os incorporem em seus convênios, como acontece, por exemplo, com as regras relativas à INCOTERMS (alude a termos padronizados de intercâmbios utilizados no comércio internacional), a letras de crédito, como instrumentos de pagamento e de segurança, entre outros. Deste assunto eu me ocupei em outros trabalhos, como recentemente, nos trabalhos citados na nota anterior.

5 Vide <www.hcch.net> [acesso 22 de maio de 2015].

contratos internacionais, agora comumente chamados de “*Princípios da Haia*”⁶. Esse é o primeiro instrumento jurídico global responsável por regular a escolha do direito aplicável em relações transfronteiriças.

Os Princípios da Haia constam de um Preâmbulo, que acolhe e explicita o espírito do instrumento, e doze artigos, relativos ao seu âmbito de aplicação, à liberdade das partes para escolher o direito aplicável aos seus contratos, seja estatal ou não, à escolha expressa ou tácita do direito, à validade formal dessa escolha e à ordem pública como limite à autonomia da vontade, entre outras questões. Apenas são compreendidos nessa regulamentação os supostos em que as partes tenham escolhido o direito aplicável, salvo caso da ausência de escolha das partes⁷.

Os Princípios da Haia seguem a técnica de elaboração normativa dos Princípios UNIDROIT, de direito dos contratos. Assim, ambos os instrumentos têm um preâmbulo, regras ou “*princípios*”⁸, e comentários e ilustrações quando necessário. O sucesso da técnica de escrever os princípios UNIDROIT do direito dos contratos levou à Conferência da Haia a seguir tal mecanismo, depois de considerar as dificuldades de elaboração de um tratado internacional ou texto de “*hard law*”⁹.

Como os princípios UNIDROIT, espera-se que os da Haia guiem os legisladores e as partes em seus contratos, também a auxiliar na interpretação, tanto na esfera judicial quanto na esfera da arbitragem.

Estamos, porém, ante instrumentos complementares. Os Princípios da UNIDROIT ocupam-se de questões substantivas de direito dos contratos, como -entre outros temas- a formação, a interpretação, os efeitos e as formas de rescisão do contrato¹⁰. Embora os princípios da Haia versem problemas de que lei regerá o contrato, ou um ou vários direitos nacionais, ou, nesse caso, inclusive de um direito não estatal, como pode ser, por exemplo, os princípios UNIDROIT.

As origens dos princípios da Haia remontam os anos de 1980¹¹,

6 Vide <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135> [acesso 22 de maio de 2015].

7 Vide <<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2010pd06e.pdf>> [acesso: 22 de maio de 2015].

8 O termo “princípios” é utilizado em diferentes contextos e com diferentes conotações, sobre as quais não existe, em absoluto, consenso em doutrina. Às vezes se o utiliza como sinônimo de regras que não tem a força de lei, tal qual aparece nos Princípios UNIDROIT.

9 Lê-se no relatório da Oficina da Haia que isto se justifica por vários motivos. Por exemplo, resulta inviável obter um número importante de Estados que subscrevem um acordo de vontades sobre este assunto. Muitos de eles já encontram-se vinculados por um instrumento regional e não sentem a necessidade de investir esforços em um projeto de alcance internacional. Se esgrimem também outros argumentos para recorrer um instrumento não vinculante. Relatório de Oficina Permanente, reproduzido em BASEDOW, J.; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.; MORENO RODRÍGUEZ, J.A. (eds.). *Cómo se codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*. Asunción: CEDEP y la Ley Paraguaya, 2010, p. 347.

10 Vide <www.unidroit.org> [acesso 22 de maio de 2015].

11 Vide PERTEGÁS, M.; RADIC, I. “Elección de la ley aplicable a los contratos del comercio internacional. ¿Principios de La Haya?”. Em: BASEDOW, J.; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.; MORENO RODRÍGUEZ, J.A. (eds.). *Cómo se codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*. Asunción: CEDEP y la Ley Paraguaya, 2010, p. 341 y ss.

quando depois de receber inúmeros encômios, elabora-se, na Europa, a Convenção Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, conhecido como “*Convenção de Roma*”, mas tarde se transformada em Regulamento Comunitário 593, de 2008, denominada “*Roma I*”, a vincular quase todos os países do velho continente¹².

No entanto, o projeto foi rejeitado na Haia¹³, por entender-se inviável uma convenção que regulamentasse esta questão, dado o quão difícil seria a sua possível negociação e especialmente a sua posterior ratificação por um grande número de países.

A ideia é retomada no âmbito da Conferência da Haia, em meados da última década. Decidiu-se abordar dois estudos preliminares, de 2006 e 2007, para analisar os instrumentos existentes e avaliar a viabilidade de um trabalho dessa natureza, no contexto dos contratos internacionais¹⁴. Isto levou a conclusões e recomendações feitas em 2008¹⁵ e 2009¹⁶.

Decidiu-se, como consequência, pela preparação de um instrumento não vinculante, ou seja, de “*soft law*”, que tivesse o fundamental propósito de promover a autonomia da vontade como critério para escolher do direito aplicável.

Para tal efeito, também em 2009, foi criado para sua elaboração, um Grupo de Trabalho composto de quinze especialistas¹⁷, bem como de

12 Roma I reproduz as disposições essenciais da convenção com algumas modificações e agregados. Comta com 29 artigos, precedida de 46 “*recitals*” ou “*considerandos*”, que contribui no trabalho interpretativo.

13 Ata N° 2 da Primeira Comissão, Oficina Permanente da Conferência (edit.). *Actas y Documentos de la Decimoquinta Sesión*, tomo I, A Haia, 1986, p. 199-200. Cita estos trabalhos M. PERTEGÁS, M.; Radic, I., em J. BASEDOW, J.; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.; MORENO RODRÍGUEZ, J.A. Op. cit.

14 Os estudos feitos foram: Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Report on Work Carried Out and Preliminary Conclusions, Note prepared by the Permanent Bureau, Preliminary Document N° 22 A of March 2007: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd22a2007e.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015]; Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Overview and Analysis of Existing Instruments – Note prepared by Thalia Kruger for the Permanent Bureau, Preliminary Document N° 22 B of March 2007: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd22b2007e.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015]; Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Special Focus on International Arbitration – Note prepared by Ivana Radic, Legal Officer, Preliminary Document N° 22 C of March 2007: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd22c2007e.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015].

15 Vide Conclusões e recomendações adotadas pelo Conselho <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_concl08s.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015].

16 Conclusões e recomendações: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_conc_109s.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015]. Precedeu esta decisão outro estudo de viabilidade sobre a escolha da lei aplicável em matéria de contratos internacionais <<http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2009pd07s.pdf>> [último acesso 22 de maio de 2015].

17 N. B. Cohen (Estados Unidos); The Hon. Justice Clyde CROFT (Austrália); S. E. Darankoum (Canadá); A. Dickinson, (Austrália); A. S. El Koshery (Egito); B. Fauvarque-Cosson (França); L. G. E. Souza Jr. (Brasil); F. J. Garcimartín Alférez (Espanha); D. Girsberger (Suíça); Y. Guo (China); M. E. Koppenol-Laforce (Países Baixos); D. Martiny (Alemanha); C. McLachlan (Nova Zelândia); J. A. Moreno Rodríguez (Paraguai); J. L. Neels (África do Sul); Y. Nishitani (Japão); R. F. Oppong (Reino Unido); G. Saumier (Canadá) e I. Zykin (Rússia). Como observadores foram nomeados os seguintes membros: M. J. Bonell (UNIDROIT); F. Bortolotti

observadores de instituições públicas e privadas, tais como UNCITRAL, UNIDROIT, a Câmara de Comércio Internacional dentre outras.

Em 2012, o Conselho de Assuntos Gerais da Conferência da Haia decidiu criar uma comissão para analisar as propostas do grupo de trabalho e fazer recomendações sobre os passos futuros a serem realizados. Reunida em novembro de 2012, a Comissão Especial, uma conferência diplomática composta por mais de centena de delegações nacionais e observadores apresentou proposta de regras para os princípios da Haia¹⁸, com diferenças pontuais à proposta do Grupo de Trabalho, mormente em relação à formulação de comentários e exemplos.

A reunião do Conselho de 2013 deu aval preliminar ao documento¹⁹, enquanto os comentários e exemplos elaborados pelo Grupo de Trabalho tiveram endosso provisório na reunião do Conselho de 2014²⁰.

Finalmente, em março de 2015, a versão final dos princípios da Haia, com comentários e exemplos²¹ foram formalmente aprovados, após decorrido o prazo para os países apresentarem objeções, o que acabou por não ocorrer.

O instrumento é extremamente importante, não só pelo que representa a organização promovida, como também pelo alcance global pretendido, consagrando a autonomia da vontade de forma ampla, da carta da cidadania, em um texto “*conflitualista*” em relação ao direito não estatal, em favor do cosmopolitismo que deveria prevalecer em relações transfronteiriças privadas. Por isso, pode-se qualificar o texto como um “*cavalo de Tróia*”, de fecundas consequências potenciais.

3.2. Convenção do México

Antecede aos Princípios da Haia outro “*cavalo de Tróia*” que, mesmo antes, no plano interamericano, tinha feito algo semelhante no que respeita ao direito não estatal. Tal é a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, também conhecida como a “*Convenção do México*” que, inspirada na Convenção de Roma, de 1980, relativa ao mesmo assunto, foi aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA)²².

(Câmara de Comércio Internacional); T. Lemay (UNCITRAL); F. Mazza (Corte da Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional); K. Reichert (International Bar Association) e P. Werner (International Swaps and Derivatives Association). Mais adiante juntaram ao Grupo de Trabalho T. Kadner Graziano (Suíça) y S. Symeonides (Chipre), este último de dilatada trajetória no direito norteamericano.

18 <http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_rpt2012e.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015].

19 <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2013concl_e.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015].

20 <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2014concl_en.pdf> [último acesso 22 de maio de 2015].

21 <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135> [último acesso 22 de maio de 2015].

22 Dita organização vem organizando, desde 1975, suas Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado (CIDIP) em sete edições até à data; e a Convenção do México foi aprovada na CIDIP V, realizada na cidade cujo nome se presta, em

O instrumento tem trinta artigos, que fornecem essencialmente – de forma igual que na fonte europeia- seu âmbito de aplicação; autonomia para escolher o direito aplicável; os critérios a serem seguidos na ausência de seleção e, como novidade, indo além da Convenção de Roma, a possibilidade de que se aplique o direito não estatal. O efeito “*cavala de Tróia*” dessa convenção surge, também, a partir de fórmula equitativa nela contidas, com a facultade ao juiz avaliar as relações transfronteiriças, com um critério universal de justiça, antes que haja impasse frente a alguns direitos nacionais.

No entanto, apesar de ser um instrumento muito aplaudido, cuja incorporação foi sugerida em importantes fóruns, esta Convenção só foi ratificada por México e Venezuela, talvez por causa da audácia no momento de suas soluções, em relação aos quais houve muita desinformação. Mas pode ser bem recepcionada por outros meios que não sejam a ratificação, como, por exemplo, pela incorporação de suas disposições em uma lei nacional²³, como aconteceu no Paraguai.

3.3. Voilà, a Lei paraguaia!

Em 15 de janeiro de 2015, o Poder Executivo do Paraguai promulgou a Lei 5393 “*Sobre a lei aplicável aos contratos internacionais*”, publicado em 20 de janeiro de 2015²⁴, e, conseqüentemente, em vigor a partir do dia seguinte a essa data.

O projeto original tinha sido apresentado no período anterior do Congresso, em 07 de maio de 2013, e em sua exposição de motivos reconhece a autoria ao Dr. José Antonio Moreno Rodríguez, afirmando que o advogado foi um membro do Grupo de Trabalho da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado e, logo, um representante formalmente designado pelo Ministério das Relações Exteriores do Paraguai perante a Comissão Especial que, em sessão diplomática, aprovou o texto dos Princípios da Haia reproduzidos quase inteiramente pela nova proposta²⁵.

1994.

23 HERNÁNDEZ-BRETÓN, E. “La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina”. Em: *Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades*. Asunción: CEDEP, 2008. (DeCITA 9), p. 170 e ss. De fato, más lá da ratificação do tratado, poderia ser utilizada à “incorporação por referência”, como o fez Uruguai quando em uma lei adotou as regras de interpretação de diversos artigos do Tratado de Direito Civil de Montevideo. O diretamente poderia apelar-se à “incorporação material”, que supõe a transcrição íntegra do tratado em um texto legislativo interno.

24 <<http://www.gacetaoficial.gov.py/gaceta.php?action=show&id=2670&num=13>> [último acesso 22 de maio de 2015]. A Lei paraguaia se encontra em destaque pela própria Conferência da Haia em seu site oficial, se encontra uma versão em inglês <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=135> [último acesso 22 de maio de 2015].

25 Pode acessar à Exposição de Motivos em: <<http://sil2py.senado.gov.py/formulario/VerDetalleTramitacion.pmf?q=VerDetalleTramitacion%2F6372>> [último acesso 22 de maio

Conforme a exposição de motivos, esta reprodução principiopológica torna-se altamente aconselhável, com algumas ajustes que são convenientes, em consonância com a Convenção do México de 1994 sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, cujo texto foi inspiração para a elaboração dos Princípios da Haia acima referidos.

Consequentemente, segundo a Exposição de Motivos, em tal projeto de lei incorporam-se os benefícios da Convenção do México, enquanto que utilizados os avanços contidos no instrumento aprovado na Haia, tendo em conta que os princípios, entre outras aplicações, devem servir de inspiração a legisladores nacionais para a elaboração de leis padronizadoras da regulamentação da matéria. O que é altamente desejável para alcançar maior previsibilidade nas relações comerciais internacionais.

A exposição de motivos conclui que “tendo atualmente um dos regimes mais obsoletos do mundo em termos de contratos transfronteiriços... a legislação paraguaia vai passar, com este novo corpo normativo, a estar na vanguarda e até mesmo a lei pode inspirar outras legislações que eventualmente venham a ser elaboradas no mundo, uma vez que marca roteiro de como podem ser traduzidos em um texto legislativo os Princípios da Haia. É importante dizer que este projeto de lei, no caso de ser aprovado, terá grande impacto no mundo, ademais de passarmos a ser o país com a legislação mais moderna nesta matéria!”

O texto final da lei tem 19 artigos. Na primeira parte (artigos 1º a 10º e também 13 e 14), relativos à seleção do direito, basicamente se reproduzem os Princípios da Haia com pequenas modificações. Os seguintes artigos da Lei (11 e 12, 15 e 16) tratam principalmente de situações de ausência de seleção do direito, reproduzindo disposições quase literalmente análogas da Convenção do México de 1994. Finalmente o artigo 17, que se ocupa da ordem pública, e que está alinhado com a solução dos Princípios da Haia e no artigo 18, que trata das derrogações produzidas com esta lei.

4. ALGUNS ASPECTOS DE DESTAQUE DA NOVA LEI PARAGUAIA

Já tendo me referido à nova lei paraguaia, de forma mais abrangente, em recente e extenso artigo²⁶, a continuação passo a apontar algumas características marcantes, que podem ser particularmente úteis no campo da arbitragem internacional.

de 2015]. O projetista recebeu valiosos comentários incorporados ao texto feitos pelo professor Diego Fernández Arroyo, embora obviamente a responsabilidade final por o trabalho e qualquer imperfeição que pudesse ter, recai em seu autor.

26 A nova Ley Paraguuaia de Contratos Internacionales: *¿Regreso al Pasado?* Em <<http://www.asadip.org/v2/?p=5288>> [último acesso 22 de setembro de 2015].

4.1. Âmbito da aplicação

O artigo 1º da lei paraguaia, de acordo com o artigo 1.1 dos Princípios da Haia, estipula só tratar de contratos internacionais “quando cada uma das partes atua no exercício da sua atividade ou profissão”, esclarecendo que “suas disposições não se aplicam aos contratos de consumo, contratos de trabalho ou contratos de franquia, representação, agência e distribuição”.

Por sua parte, o artigo 3º, baseado no artigo 1.3 dos Princípios da Haia, também exclui do regulamento os acordos de arbitragem e acordos de eleição de foro, entre outras questões²⁷. Apesar dessa exclusão, a legislação paraguaia pode ser muito útil para questões que têm a ver com a lei aplicável à questão de fundo de contendas destinadas serem resolvidas por meio de arbitragem, que se trata matéria de outra natureza.

O artigo 13, que copia o artigo 9º dos Princípios da Haia, é responsável por precisar que “o direito aplicável segundo esta lei governa todos os aspectos do contrato entre as partes, particularmente: *a*) sua interpretação; *b*) os direitos e obrigações derivados do contrato; *c*) a execução do contrato e as consequências do descumprimento, incluindo a avaliação do dano e prejuízo; *d*) As diferentes causas de extinção das obrigações, a prescrição e a caducidade; *e*) a validade e as consequências da nulidade do contrato²⁸; *f*) o ônus da prova em presunções legais; e *g*) as obrigações pré-contratuais”.

4.2. Internacionalidade do contrato

A este respeito, o artigo 2º da lei paraguaia prevê que sua aplicabilidade será interpretada de forma tão ampla quanto possível e só serão excluídos aqueles em que todos os elementos relevantes estejam ligados a um único Estado. Essa fórmula está em linha com o comentário 1 ao Preâmbulo dos Princípios do UNIDROIT de direito dos contratos. Na verdade, a palavra “*internacional*” tende a conceber-se, de maneira bem ampla, em instrumentos normativos enquanto relativos aos contratos internacionais prevendo a utilização de arbitragem²⁹.

O texto da lei paraguaia, nesse sentido, desviou-se minimamente do texto dos Princípios da Haia³⁰, mas seu espírito é o mesmo, ou seja, o

27 Como as relativas à capacidade das pessoas físicas; as sociedades ou outras associações, os fideicomissos e os procedimentos de insolvência. Tampouco regula a lei a questão de saber se um representante legal pode obrigar, frente a terceiros, à pessoa em nome da qual pretende atuar.

28 Isto não exclui a aplicação de qualquer outro direito que confirme a validade formal do contrato.

29 Assim, por exemplo, no terceiro parágrafo, artigo primeiro, da Ley Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL.

30 Segundo os quais só se excluem de sua regulação os contratos em que cada parte tem seu estabelecimento no mesmo Estado e a relação das partes e os outros elementos relevantes,

de conferir ao termo “internacional” o máximo alcance possível³¹.

4.3. Conceção ampla da autonomia da vontade

A consagrar de maneira ampla o princípio da autonomia da vontade, a lei paraguaia reproduz o artigo 2º dos Princípios da Haia. No artigo 4º, prevê, em sua primeira parte que “um contrato é regido pela lei escolhida pelas partes...” (artigo 4.1).

A norma também aceita o “*dépeçage*” – divisão legislativa em espanhol - ao prever, no seu artigo 4.2 que “as partes podem escolher -: a) A lei aplicável à totalidade ou a uma parte do contrato; e b) Direitos diferentes para diferentes partes do contrato, na medida em que eles são claramente distinguíveis”³². O ponto não recebeu tratamento expresso nem na lei modelo nem no regulamento arbitral da UNCITRAL. Argumenta-se que pelo caminho interpretativo que lá se encontra de maneira ampla o “*dépeçage*”, decorre do princípio da autonomia que prevalece nessa área³³. Com a lei paraguaia, a questão fica fora de todo pacificado.

O artigo 4.3 da nova lei afasta ainda qualquer objeção que possa existir com respeito a que “a escolha pode ser realizada ou modificada em qualquer momento. Uma escolha ou modificação realizada com posterioridade ao aperfeiçoamento do contrato não deve afetar sua validade formal, nem os direitos de terceiros”.

Resulta importante previsão expressa neste sentido. Por exemplo, há algum tempo, na Itália, o Supremo Tribunal assentou que a “escolha das partes enquanto à lei aplicável não será admissível quando seja efetuado a posterior da celebração do contrato”. (Sentença de 1966, n.º. 1.680 no caso: *Assael Nissim contra Crespi*), vale ressaltar sentença não aprovada por toda a doutrina italiana³⁴.

Nem a lei modelo nem o novo regulamento da UNCITRAL ocupam-se do ponto, apesar de existirem precedentes em matéria de arbitragem nas quais as partes deveriam ser capazes de mudar a lei

independentemente ao direito escolhido, estão ligados so com esse Estado (artigo 1.2). Esta fórmula é inspirada no artigo 1(2) da Convenção da Haia sobre Seleção de Fórum- Art. 1(2).

31 Comentário oficial 1.14.

32 “Na medida em que eles são claramente distinguíveis” é um agregado que introduz o Senado paraguaio, que não altera o sentido da disposição tal qual fora concebida pela Conferência da Haia.

33 SILBERMAN, L.; FERRARI, F. “Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong” [online]. Em: FERRARI e KROLL (eds.). *Conflict of Laws in Internation Commercial Arbitration*. Munich: European Law Publishers, s.d., p. 3. [último acesso: 24 de setembro de 2015]. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1674605>>. WEBSTER, T. H. *Handbook of Uncitral Arbitration, Commentary, Precedents and Materials for UNCITRAL based Arbitration Rules*. Sweet & Maxwell: Thomson Reuters, 2010, p. 513.

34 Relatório M. Giuliano e P. Lagarde, “Informe Relativo al Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales”, DOCE C 327, de 11 de dezembro de 1992. O relatório encontra-se transcrito em ESPLUGUES, C. (ed.). *Contratación Internacional*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1994, comentário ao artigo 3º.

originalmente escolhida para reger a disputa³⁵. A legislação paraguaia agora o esclarece.

Por outro lado, dentro da ampla concepção autonomista da nova lei paraguaia, seu artigo 4.4 prevê que “não é necessária nenhum vínculo entre o direito escolhido e as partes ou sua transação”.

No passado, a relação entre o direito escolhido e a operação comercial era frequentemente uma exigência, que ainda se aplicasse em alguns sistemas, como nos Estados Unidos (*Restatement Second of Conflict of Laws*, Art. 187 (2) (a). Este ponto não fica de todo liquidado nem na lei modelo nem nas regras da UNCITRAL, sobre tudo quando há questões imperativas como, por exemplo, as de defesa da concorrência. Conste que há conhecidas sentenças arbitrais alinhada à solução da lei paraguaia, como em pelo menos dois casos de arbitragem resolvidos por mecanismo de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC)³⁶.

O artigo 6º da nova lei paraguaia, alinhado com o artigo 4º dos Princípios da Haia, reza, na primeira parte, que “a escolha do direito, ou qualquer modificação na escolha do direito, deve ser feita de forma expressa ou desprender-se claramente das disposições do contrato ou das circunstâncias”. Essa solução dos Princípios da Haia foi aceita após descartar-se proposta que havia sido feita anteriormente, ao se estabelecer um standard de “intenções manifestamente claras” (“*manifestly clear intentions*”), entendendo-se que seria muito extremada, particularmente para alguns Estados, em relação a outros aspectos substancias do contrato³⁷.

Nessas questões, a lei paraguaia pode ser muito útil também no contexto arbitral. A Lei Modelo da UNCITRAL apenas limita-se a dispor no seu artigo 28 (1) que “o tribunal arbitral deverá decidir o litígio em conformidade com as regras da lei escolhida pelas partes como aplicável nas questões de fundo”; enquanto que o Regulamento da UNCITRAL, de 2010, fala de normas de direito “que as partes indicaram” como aplicável nas questões de fundo.

Desses textos exsurge que não é necessária a designação expressa do direito aplicável. Segundo Webster, ao ser utilizado no novo regulamento a palavra “indicar”, propugna-se que os tribunais arbitrais verifiquem se há qualquer indicação indireta dos contratantes das regras que os regem³⁸. Na prática, em um laudo que se declarou que há uma escolha tácita do direito, quando o autor, em sua reclamação e o réu, em

35 Assim se há resolvido no caso *Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce* (Laudo do 23 de janeiro de 2008, disponível em: <<http://www.unilex.info>>. Outro precedente muito conhecido é o do Tribunal Arbitral Ad Hoc, laudo do 17 de dezembro de 1975, IV Yearbook Comm. Arb. (1979), 192 (193).

36 Caso CCI Nº 4145 de 1984, XII Yearbook Comm. Arb. (1987), 97 (101). Caso CCI Nº 4367 de 1984, XI Yearbook Comm. Arb.(1986), 134 (139).

37 Prel. Doc. Nº 4 of 2012, Annex III, p. 7.

38 WEBSTER, T. Op. cit., p. 514-515.

sua defesa basearam-se, nas disposições da mesma lei³⁹. Por outro laudo, expressou-se que a escolha tácita deve resultar de maneira clara e não ambígua dos termos do contrato ou das circunstâncias⁴⁰. A propósito, a nova lei paraguaia dá diretriz clara nesse sentido.

Na segunda parte, o artigo 6º da lei paraguaia prevê que “um acordo entre as partes para conferir competência a um tribunal nacional ou arbitral para resolver conflitos relacionados com o contrato em si não é equivalente a escolha do direito aplicável”.

Tal esclarecimento é extremamente importante no contexto da arbitragem em que existem precedentes em conflito. Assim, em uma sentença, resolveu-se expressamente que a sede da arbitragem fixada não deve conduzir necessariamente à aplicação do direito daquele lugar⁴¹. Há, no entanto, precedentes contrários. No caso *China International Economic and Trade Arbitration Commission, Arbitral Award* (Caso 0291 de 2001), entendeu-se que ao ter-se optado por uma arbitragem administrada pela *China International Economic and Trade Arbitration Commission*, com sede na China, escolheu-se tacitamente o direito chinês⁴². Enquanto em *Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg* (caso de 1996), dizia-se que a seleção do direito alemão poderia ser inferida de acordo com as partes para diremir suas disputas no tribunal arbitral alemão⁴³.

A fórmula da Haia - seguido pela lei paraguaia - contraria uma posição utilizada no “*common law*”. De acordo Juenger, embora as regras digam o contrário, existe uma tendência caseira (“*homing trend*”) dos tribunais de aplicar o direito próprio⁴⁴. Obviamente, pode ser um elemento importante, mas, em definitiva, a solução da lei paraguaia é que a escolha de um juiz ou sede de um tribunal arbitral não deve ser decisiva para entender-se que direito deva ser aplicado.

Sobre outra questão, o artigo 7º da lei paraguaia, versada no artigo 5º dos Princípios da Haia, diz que “a escolha do direito não está sujeita a condição alguma enquanto à forma, a menos que as partes disponham expressamente ao contrário”. Então, isso pode ser feito eletrônica ou mesmo oralmente, salvo indicação em contrário.

Em relação ao “*pactum de lege utenda*”, a lei paraguaia em linha

39 Tribunal Arbitral Ad Hoc, Laudo de 17 de dezembro de 1975, IV Yearbook Comm. Arb. (1979), 192 (193).

40 Laudo preliminar CCI N° 5505 de 1987, XIII Yearbook Comm. Arb. (1988), 110 (118).

41 Vide CARON, D.; CAPLAN, L.; PELLONPÄÄ, Matti. *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary*. s.n.: Oxford University Press, 2006, p. 126.

42 Vide <<http://www.unilex.info>>

43 Vide <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>> [último acesso 10 de maio de 2013].

44 JUENGER, F. K. “General Course on Private International Law (1983)”. Em *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1985-IV, tomo 193 da coleção, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 133-134. A Expressão “homeward trend” é atribuída a Nussbaum (O. Kahn-Freund, *General Problems of Private International Law*, A.W. Sijthoff – Leyden, 1974, p. 280).

com o artigo 6º dos Princípios da Haia e, como regra aceita que “para determinar se as partes concordaram com uma escolha do direito, aplica-se o direito supostamente escolhido pelas partes”. No entanto, o artigo 8.3 da lei paraguaia prevê que “o direito do Estado em que uma parte tem o seu estabelecimento determina se essa parte consentiu na escolha do direito, levando-se em conta as circunstâncias, não é razoável determinar essa questão segundo o direito mencionado neste artigo”. O comentário oficial dos Princípios da Haia, para tal disposição, sublinha o carácter excepcional dessa última provisão.

Por outro lado, uma inovação dos Princípios da Haia- não contemplada em nenhum instrumento internacional até então- é a do seu artigo 6.2, correspondente ao artigo 8.2 da lei paraguaia, segundo o qual “... se as partes utilizaram cláusulas padronizadas ou de adesão que indicam diferentes direitos e sob ambos os direitos prevalecem as mesmas cláusulas padronizadas, aplica-se o direito indicado em tais cláusulas padronizadas; se conforme estes direitos prevalecem distintas cláusulas padronizadas, ou se não prevalece nenhuma das cláusulas padronizadas, então não haverá escolha de direito...”. Esses lineamentos podem resultar de suma valia no contexto arbitral.

Por sua parte, o artigo 9º da lei paraguaia, alinhado com o artigo 7º dos Princípios da Haia, estabelece que “a escolha do direito não pode ser impugnada apenas invocando-se que o contrato ao que se aplica não é válido”. Tal é o princípio da separabilidade que, em matéria de arbitragem, encontra-se contida no artigo 16 da lei modelo da UNCITRAL, amplamente aceita e utilizada.

Com respeito ao reenvio, o artigo 10º da lei paraguaia, nos termos do artigo 8º dos Princípios da Haia⁴⁵, estabelece que “a escolha do direito não inclui as regras de conflito de leis do direito escolhido pelas partes, a menos que as partes expressamente indiquem o contrário. É importante um esclarecimento a este respeito, porque aqui tem havido contradição em laudos que excluíram o reenvio⁴⁶ ou o aceitaram⁴⁷. Uma solução em linha com a lei paraguaia, no contexto da arbitragem, foi advogada, por exemplo, por Silberman e Ferrari, em estudo exaustivo⁴⁸.”

Outra norma decantada dos Princípios da Haia é a do artigo 14, que tem como objetivo dar o máximo possível de virtualidade à vontade das

45 Consoante com as convenções da Haia que deixam fora o reenvio, PERMANENT BUREAU. *Consolidated version of preparatory work leading to the draft Hague principles on the choice of law in international contracts*, p. 26. [último acesso 22 de maio de 2015] <http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf>

46 Laudo preliminar CCI Nº 5505 de 1987, XIII Yearbook Comm. Arb. (1988), 110 (117-118).

47 Laudo CCI Nº 1704 de 1977. Em: Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, supra n. 16,312, 313.

48 SILBERMAN, L.; FERRARI, F. Op. cit. Assim o há feito, por exemplo, o art. 46 da Lei inglesa de arbitragem de 1996; art. 36(1) da Lei japonesa de arbitragem de 25 de julho de 2003; art. 28(1) da lei dinamarquesa de arbitragem de 24 de junho de 2005; e o art. 34(2) da lei espanhola 60/2003 de arbitragem de 23 de dezembro de 2003.

partes quando expressa nas transferências de crédito⁴⁹. Isso pode ser útil na arbitragem.

4.4. Admissão do direito não estatal

A amplitude autonomista da lei paraguaia é evidente ao aceitar não só amplamente a liberdade para a seleção dos direitos nacionais, como também – indo mais longe – autorizando às partes escolherem um direito não estatal.

Aqui deve fazer-se uma precisão terminológica. Há uma grande disparidade quando, aludindo o mesmo fenômeno, fala-se de direito independentemente de direito transnacional, “*lex mercatoria*”, direito brando ou “*soft law*”, ademais de várias outras expressões⁵⁰.

Antes disso, optou-se no instrumento da Haia por acudir à expressão “*rules of law*” ou – em português, “regras de direito”, com o objetivo deliberado de beneficiar-se do grande desenvolvimento doutrinário, jurisprudencial e regulamentar que se produz a partir de sua adoção no mundo da arbitragem⁵¹.

A lei modelo da UNCITRAL de 1985, renovado em 2006, adotou a expressão em seu art. 28⁵², até então ela só tinha sido utilizada no artigo 42 da Convenção de Washington de 1965 sobre investimento e nas leis de arbitragem da França e Djibuti⁵³. A fórmula também tinha sido incluída no artigo 33 do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL de

49 Reza a norma: “No caso de uma cessão contratual de um crédito ostentado por um credor frente a um devedor em virtude de um contrato que os vincula: a) si as partes do contrato de cessão de crédito escolheram o direito que rige seu contrato, o direito escolhido rege os direitos e obrigações do credor e do cessionário derivados de seu contrato; b) si as partes do contrato entre o devedor e o credor há escolhido o direito que rige seu contrato, o direito escolhido rege (1) a questão de saber si a cessão de crédito é oponível ao deudor, (2) os direitos do cessionário contra o deudor, e (3) a questão de saber si o deudor se foi liberado de suas obrigações”.

50 Vide, inter alia, em meu artigo: *Debate sobre el Derecho No Estatal y la Lex Mercatoria*, número 1 del 2014 sobre Arbitraje Internacional de Forseti, acessível em: <<http://www.forseti.pe/revista/2014-numero-1>> [último acesso 22 de maio de 2015].

51 Isso consta para mim, pessoalmente por ter participado em seu momento nas deliberações sob o assunto.

52 O comentário Oficial de UNCITRAL ao artigo 28 da Lei modelo expressa que a fazer referência à escolha das “normas de direito” e não a “lei”, a lei modelo fornece as partes uma mais ampla gama de opções no concernente, à indicação da lei aplicável ao fundo do caso, por quanto àquelas podem, por exemplo, escolher de mútuo acordo normas de direito elaborada por um organismo internacional, mas ainda não incorporadas em nenhuma legislação nacional (vide também o Relatório do Grupo de Trabalho da UNCITRAL, 18ª sessão, março 1985 (A/CN.9/264, pp 60-63). Nesta linha, tanto o comentário oficial Inglês como e texto explicativo Holandês às leis de arbitragem desses países consignam o entendimento de que a *lex mercatoria* é coberta pela expressão “regras de direito” (O texto em Inglês pode ser encontrado no site: <http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm> [último acesso 22 de maio de 2015]; o relatório explicativo holandês (Documento N° 18464) encontra-se citado por DE LY, F. *International Business Law and Lex Mercatoria*. Netherlands: Elsevier Science Publishers B.V., 1992, p. 250.

53 Documento A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1.

1976 e mantida no atual artigo 35 do Regulamento de 2010⁵⁴, a manter a similaridade com regras de diversos regulamentos arbitrais⁵⁵.

A expressão “regras de direito” é entendida de forma mais ampla do que o termo “lei” e permite às partes designar como aplicável regras de mais de um sistema jurídico, incluindo aquelas que não tenham sido formalmente adotadas como “direito estatal”⁵⁶.

Nessa mesma linha, o artigo 5º da lei paraguaia, baseado no artigo 3º dos Princípios da Haia, estabelece que “nessa lei a referência a direito inclui normas de direito de origem não-estatal, geralmente aceitas como um conjunto de normas neutras e equilibradas”.

Como assinalam Pertegás e Marshall, uma norma assim tem o efeito de “nivelar o campo de jogo” (“*level the playing field*”) entre arbitragem e litígio⁵⁷. Antes urgia recorrer a uma cláusula de arbitragem para garantir que a escolha da lei não estatal fosse respeitada, pelo menos nos países em sintonia com a Lei Modelo da UNCITRAL. Com a solução da Haia, isso já não é mais necessário.

Nas discussões do Grupo de Trabalho na Haia foi rejeitado que as regras escolhidas deveriam passar por um “exame de legitimidade” (“*test of legitimacy*”), que avaliasse sua natureza e características⁵⁸, posto que nas regras não estatais podem ser adotadas agora não só em casos com cláusula de arbitragem, mas, também, sem importar o mecanismo de solução de controvérsias⁵⁹. Ainda foi acordado nessas discussões que

54 Sobre os pequenos ajustes feitos ao atual regulamento, vide: Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules, a Report by J. Paulsson / G. Petrochilos, Commissioned by the UNCITRAL Secretariat, Draft for Comments, 31 March 2006. As discussões ao respeito estão refletidas nos documentos A/CN.9/614, paras. 122-124; A/CN.9/641, paras. 106-113 y A/CN.9/684, paras. 91-100. Sobre este assunto, podem ser utilizados em: MORENO RODRÍGUEZ, J. A. Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010, Anotado y Comentado. Buenos Aires: Editorial, 2011.

55 BARCELO, J. J.; MEHREN, A. von; VARADY, T. *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*. 4ª ed. s.n.: Thomson Reuters, 2009, p. 70.

56 Já quando se estava debatendo o texto da lei modelo de arbitragem da UNCITRAL, Bonell nas deliberações disse: “... debe-se permitir as partes desnaturalizar a controvérsia, indicando como base para sua solução regras e princípios de natureza diferente, tomada, por exemplo, dos instrumentos internacionais, sejam ou não executável, observando as práticas comerciais e os princípios ou regras comuns aos sistemas jurídicos nacionais de ambas as partes...” (Yearbook of the United Nations Commission on International Trade, Volume XVI, 1985, p. 487, parágrafo 8).

57 PERTEGAS, M.; MARSHALL, B. A. “Harmonization Through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”. *Brooklyn Journal of International Law*. 2014, vol 39, n 3, p. 979.

58 Estimou-se adotar uma regra bem ampla (open-ended rule) que não limite às partes a opção de escolher o direito não estatal seria mais apropriado e acorde com o estabelecido pelo preâmbulo dos Princípios da Haia. GAMA, L.; SAUMIER, G. “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”. Em: *Jornadas de la ASADIP: El Derecho internacional privado en los procesos de integración regional* (San José 24-26 de novembro de 2011). San José: ASADIP e Editorial Jurídica Continental, 2011, p. 56-62.

59 Nas deliberações anteriores do Grupo de Trabalho da Conferência de Haia tinha proposto três opções relativas à seleção de regras não estatais: 1) ser reservada para o campo de arbitragem; 2) permitir a designação de direito estatal, sem importar o mecanismo de resolução de litígios; 3) omitir referências ao direito não estatal nos princípios, de modo a

as regras escolhidas de direito não estatal devem ser diferenciadas das regras individuais feitas pelas partes e que, obviamente, existem limites. Em particular, as regras escolhidas devem ser de fato um conjunto de regras (“*a body of rules*”), como por exemplo os princípios UNIDROIT⁶⁰.

Isso se encontra reforçado pela fórmula acolhida pela Comissão Especial, conforme o texto dos Princípios, ao prever, em seu art. 3º: “Nestes Princípios, a referência a ‘direito’ inclui normas de direito geralmente aceitas no âmbito internacional, supranacional ou regional, como um conjunto de regras neutras e equilibradas, a menos que o direito do foro disponha ao contrário”. Essa formulação foi ligeiramente alterada pela lei paraguaia. No entanto, o espírito é o mesmo.

Petergás e Marshal explicam os requisitos introduzidos⁶¹. Com a exigência de “regras neutras e equilibradas” pretende-se responder a preocupações de que o poder negociador desigual leve à aplicação de regras injustas ou desiguais. Excluindo assim as normas concebidas para conferir vantagens a uma parte contratante, tal como as redigidas unilateralmente por certos círculos ou grêmios comerciais ou profissionais.

No que concerne à expressão “conjunto de regras geralmente aceitas” procura-se dissuadir às partes a escolher categorias vagas ou incertas como regras de direito. Conjunto de regras geralmente aceitas são, por exemplo, os princípios UNIDROIT do direito contratual e a Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda internacional de mercadorias⁶².

Conta-se, pois, a partir da nova lei paraguaia com diretrizes nem definidas acerca do que deve ser entendido por “normas de direito”, o que pode resultar particularmente útil no contexto da arbitragem.

deixá-lo aberto à interpretação de juízes e árbitros. O grupo optou finalmente por permitir a nomeação de direito não estatais, independentemente do método de resolução de conflitos. Ela – segundo Gama e Saumier – é a mais inovadora e adaptável aos diferentes sistemas jurídicos. *Ibid.*, p. 62-63.

60 Consolidated version of preparatory work leading to the draft Hague principles on the choice of law in international contracts - drawn up by the PERMANENT BUREAU: <http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf>, versão consolidada – [último acesso 22 de maio de 2015], p. 14-15.

61 Sob isto vide: PERTEGAS, M.; MARSHALL, B. A. *Op. cit.*, p. 997-998.

62 No seio da União Europeia foram publicados também “Princípios” semelhantes nos anos 1995 (Parte I), 1999 (Partes I e II) e 2003 (Parte III), preparado por um grupo cuja cabeça visível foi o professor escandinavo Ole Landö (Comissão Landö). Tanto UNIDROIT como a “Comissão Lando”, de maneira imprecisa, tinham chamado “princípios” a seu produto, quando na realidade estamos diante de um corpo de regras que poderiam facilmente ser sancionadas por um legislador como “Código”. Mas a Europa foi mais longe, elaborando um documento análogo mascarado agora baixo termo “Quadro Comum de Referência” O primeiro esboço foi publicado em dezembro de 2007 enquanto uma nova versão apareceu em fevereiro e depois ao no final de 2009. O trabalho pode ser considerado o sucessor dos princípios da Comissão Landö, embora a cobertura agora seja mais ampla, desde que compreende ainda regras relativas aos contratos específicos, e obrigações em geral, além de propriedade de bens móveis. Como predizem renomados juristas germânicos, o debate agora será marcado pela existência de diferentes textos competindo uns com os outros. Vide: MORENO RODRÍGUEZ, J.A. “Contratos y La Haya”. Em: *Contratación y Arbitraje – Contribuciones Recientes*, CEDEP, Asunción, 2010, p. 26.

4.5. Ausência ou ineficácia da eleição

Dispõe o artigo 11.1 da lei paraguaia que “se as partes não tivessem escolhido o direito aplicável, ou se sua eleição resultasse ineficaz, o contrato seria regido pelo direito com o qual tenha os vínculos mais estreitos”. Esta norma reproduz o estabelecido no artigo 9º da Convenção do México, que adota a fórmula flexível de “conexão mais próxima ou significativa” e descarta outras noções controversas, como o lugar de cumprimento da obrigação.

O artigo 11.2 da lei paraguaia, também reproduzindo a solução do texto do México, prevê que “o tribunal terá em conta todos os elementos objetivos e subjetivos que se desprendam do contrato para determinar o direito com o qual tem vínculos mais estreito”. De maneira que para estabelecer a vinculação mais estreita, deve avaliarse todas as circunstâncias possíveis, tais como as territoriais relativas à celebração, execução, domicílio ou estabelecimento, cláusula de resolução de conflitos, moeda, os tratos prévios e outros. Tais são os elementos objetivos, a serem considerados conjuntamente com os subjetivos, que surgem das diversas cláusulas circunstâncias, anteriores, concomitantes e posteriores ao contrato.

Cabe destacar que a lei paraguaia não reproduz a última parte da Convenção do México, e que será tomado em consideração “os princípios gerais de direito comerciais internacionais aceitos por organizações internacionais” (Artigo 9º, segundo parágrafo). Esta solução da Convenção do México é o resultado de um compromisso entre os negociadores, frente à posição da delegação americana, para que fossem aplicados diretamente os Princípios do direito contratual da UNIDROIT, em ausência de uma decisão válida de direito aplicável. Para Juenger, fica claro que a referência a “princípios gerais” da Convenção do México nos conduz claramente a UNIDROIT⁶³.

O autor da Convenção do México, Siqueiros, destaca a relevância da opinião de Juenger a favor da aplicação dos Princípios do UNIDROIT, por certo porque sua delegação foi a proponente da fórmula de compromisso⁶⁴.

A exclusão dessa redação na lei paraguaia obedece a que a mesma já foi esclarecida anteriormente (em seu artigo 3º), visto que a alusão ao direito que lá se faz pode ser entendida como relacionada também ao direito não estatal. O que significa que se os mesmos julgadores entendem mais estreita a conexão do caso, o direito transnacional, antes

63 Vide JUENGER, F. K. “The Lex Mercatoria and Private International Law”. *Louisiana Law Review*. 2000, p. 1148.

64 SIQUEIROS, J. L. “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”. Em: *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 223.

que o direito nacional, o aplicará diretamente, venha de uma organização internacional (como UNIDROIT) ou não.

No fundo, Juenger - nas negociações da Convenção do México-pretendeu com a sua fórmula, que a conexão mais próxima não seja entendida como a de um direito nacional, mas sim de um direito transnacional ou não estatal⁶⁵.

Considere-se que a lei paraguaia pode resultar particularmente útil no âmbito arbitral, pois o artigo 28 (2) da lei modelo da UNCITRAL faz alusão à aplicabilidade de que “a lei determine as normas de conflito”⁶⁶, com uma interpretação fechada sustentando que somente se poderia recorrer tendo em vista o respeito às regras nacionais⁶⁷.

No entanto, a crescente casuística a partir deste comentário (emitido em 1987) indica o contrário⁶⁸. Blessing, por exemplo - respeitada autoridade na matéria-, advoga por uma interpretação extensiva a estes corpos normativos, como de resto também o fazem outras figuras mundiais da atual arbitragem⁶⁹. Foi decidido em um laudo que “a ausência de escolha expressa de uma lei nacional determinada não pode se transformar em uma escolha implícita da lei não estatal a título de “princípios gerais do direito” ou “*lex mercatoria*” (Sentença parcial 7319 de 1992, ICC)⁷⁰.

Em resposta, pode-se citar a Gaillard, quando diz que, contrariamente a ideia generalizada, baseada em visão muito abstrata do método das regras transnacionais (que leva à aplicação do direito não estatal), a previsibilidade do resultado está melhor assegurada utilizando tal método e não o método conflitualista clássico. As partes que não tomaram a precaução de escolher o direito aplicável ao seu contrato podem ser surpreendidas pela aplicação de regra que carece de aceitação geral no direito comparado, bem como pela aplicação de outra que corresponda a movimento legislativo amplamente adotado⁷¹.

Pois bem, a fórmula da “conexão mais estreita” é frequentemente

65 Vide JUENGER, F. K. Op. cit., p. 1148.

66 A disposição prevê: “... 2) Se as partes não indicam a lei aplicável, o tribunal arbitral aplicará a lei determinada pelas regras de conflito de leis que considera aplicável ...”.

67 Deste assunto eu me ocupei no capítulo 3 do livro Derecho Aplicable y Arbitraje. MORENO RODRÍGUEZ, J. Op. cit.

68 Communication on European Contract Law: Joint Response of the Comisión on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code <www.sgecc.net>, p. 17.

69 O feito que a lei Modelo siga impondo aos árbitros, a diferença de certas legislações nacionais, o rodeio de uma regra de conflito não constitui uma verdadeira obrigação, já que os árbitros gozam de total discricção na escolha desta regra de conflito. Portanto, não existe na prática nenhuma diferença significativa entre o reconhecimento da liberdade total de os árbitros para escolher o direito aplicável, e o de sua liberdade para escolher uma regra de conflito a sua discricção. GAILLARD, E. E. *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*. Tradução ao espanhol de María Esmeralda Moreno R. Asunción: Ed. La Ley Paraguaya, CEDEP, Thomson Reuters, 2010. A. Supervisores da edição em espanhol: Diego P. Fernández Arroyo y Ximena Herrera-Bernal. p. 124. Vide também em V. RÚÍZ ABOU-NIGM, p. 117.

70 XXIV Yearbook Comm. Arb. (1999), 141 (145).

71 E. GAILLARD, E. Op. cit., p. 126.

utilizada em arbitragens⁷², pelo que adotá-la em combinação com o disposto pela lei paraguaia, poderia -ou deveria- direcionar-se aos juízes na aplicação do direito não estatal, ou, pelo menos, facilitar o caminho para assim o decidirem se considerassem melhor.

4.6. Fórmula equitativa

Sinaliza Bortolotti que regras contidas nos direitos nacionais podem levar a contradizer as necessidades do comércio internacional. Isso quando a norma foi formulada para questões internas e não considera uma possível aplicação em uma transação internacional, ou porque a regra é tão particular a um sistema específico que é imprevisível para as partes que não são desse país⁷³.

Enquanto expressa Brunner que, em matéria de contratações internacionais, deveria assumir-se que as partes esperam a aplicação do direito interno a partir de uma ótica mais ampla, de acordo com os usos e princípios internacionais estabelecidos⁷⁴, tendo presente à necessidade de acomodar fatores específicos peculiares a transações em que se apresentam elementos estrangeiros. Assim como os tribunais nacionais estão autorizados a interpretar e suplementar o direito nacional por princípios gerais⁷⁵, deveriam igualmente estar autorizados a fazê-lo em contratos internacionais⁷⁶.

Deve também considerar-se que é impossível dissociar o direito da linguagem no qual se encontra expressado. Derains indaga se, por exemplo, conceitos ingleses como “*consideration*”, “*implied terms*”, “*misrepresentation*” o “*frustration*” podem ser propriamente explicados ou compreendidos em francês ou espanhol⁷⁷. Obviamente um critério interpretativo mais amplo se impõem com respeito a tais termos,

72 Vide laudos citados por SILBERMAN e FERRARI. Op. cit., p. 19.

73 BORTOLOTTI, F. *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, International Chamber of Commerce (ICC). DOSSIERS ICC Institute of World Business Law, Paris, 2014, p. 7-8.

74 Diz textualmente em Inglês “with a broader-brush and with an eye to established international usage. C. Brunner, p. 29. GOODE fala do “broader-brush” (que significa literalmente “pincel mais amplo”) em seu artigo com título significativo: “The Adaptation of English Law to International Commercial Arbitration”. *Arbitration International* 8, 1992”. É verdade que GOODE refere-se ao contexto da arbitragem, mas os princípios de Haia – é visto-decidem dar um passo também na equiparação de isso ao judicial; GOODE, R. “Reflections on the Harmonization of Commercial Law”. Em: CRANSTON, R.; GOODE, R. (eds.), *Commercial and Consumer Law, comercial e Direito do Consumidor*.

75 Paulson observa que os direitos nacionais em si mesmo contêm regras corretivas, e elas são formidáveis. Um tribunal internacional ou um tribunal que deve aplicar um direito nacional tem tanto o dever como autoridade para aplicar como um todo. PAULSON, J. *The Idea of Arbitration*. London:Oxford University Press, 2013, p. 232.

76 Em apoio cita Brunner a Redfern y Hunter, C. Brunner, p. 29.

77 DERAINS, Y. “The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration”. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1995, vol 6, n° 1, p. 6.

mormente em uma transação transfronteiriça na qual as partes não provêm exclusivamente do sistema do “*Common Law*”.

Bruner assinala que ao avaliar o tema da aplicação dos direitos nacionais para transações internacionais devem tomar-se em conta as expectativas legítimas das partes⁷⁸, o que deve-se sopesar em cada caso. Se uma parte escolheu um direito nacional pela razão de querer solução rígida para uma questão específica, pode-se fazer menção dele, excluindo qualquer recurso a considerações de outros direitos ou do direito transnacional⁷⁹. Pelo demais, o próprio direito nacional pode dar lugar a uma construção comparativa⁸⁰, como ocorre de maneira recorrente no direito comparado. Deve ser considerado também que os diferentes sistemas contêm fórmulas abertas que dão amplos poderes ao juiz, como as de força maior e improvidência. É aqui que os princípios gerais de direito comparado adquirem uma particular força⁸¹.

Em matéria da arbitragem, já a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961 previa no artigo VII que em todos os casos, os árbitros devem ter em consideração os “termos do contrato e os usos comerciais”. Isto foi avaliado por Blessing como um dos eventos mais significantes do século XX, ao liberar a arbitragem de percepções locais⁸².

Isso reflete-se também nas deliberações do grupo de trabalho que elaborou o art. 28 da Lei Modelo da UNCITRAL, nas que ficou claro que *em todos os casos* o tribunal arbitral terá em conta as estipulações do contrato e os usos comerciais aplicáveis ao caso⁸³; é concedida assim ampla margem de decisão ao tribunal arbitral, na resolução de casos “divorciados” de um sistema nacional específico⁸⁴.

78 Como bem assinala Derains que a escolha expressa ou implícita não exclui a possibilidade de que, em certos casos, seja legítimo esperar que o juiz considere a operação de uma regra que as partes não especificam como aplicável ao contrato.

79 BRUNNER, C. Op. cit.; p. 30-31.

80 Idem.

81 Idem.

82 BLESSING, M. “Choice of Substantive Law in International Arbitration”. *Journal of International Commercial Arbitration*. 1997, vol 14, n° 2, p. 12.

83 Notas explicativas do secretário-geral da CNUDMI na Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional, em JENKINS, J.; STEBBINGS, J. “International Construction Arbitration Law”. *Kluwer Law International*. 2006, p. 390 - 404.

84 Relatório do Secretário-Geral sobre as Regras de Arbitragem da CNUDMI A / CN.9 / 97 de Avri de 1973. Esa fórmula da lei modelo por sua vez foi baseado no artigo 33 (3) do Regulamento de UNCITRAL de 1976. A este respeito, Sanders, quem havia trabalhado com proeminência na elaboração dessas regras diz: “El artículo 33 en su párrafo (3) es muy claro y establece que “en todos los casos” el tribunal decidirá, de acuerdo con los términos del contrato y tendrá en cuenta los usos del comercio: “... El párrafo 3 establece una distinción: la decisión debe ser “con arreglo” a las estipulaciones del contrato, mientras que los usos comerciales deben “tenerse en cuenta”. Esta distinción, después de largas discusiones, se hizo a propósito. Subraya la importancia del contrato y de las disposiciones estipuladas en el mismo. Si el contrato es claro, los usos comerciales no pueden justificarse una desviación de él. El contrato ocupa el primer lugar. Esto, en mi experiencia, corresponde con la práctica del arbitraje...”. SANDERS, P. “Commentary On Uncitral Arbitration Rules”. *Yearbook Commercial Arbitration*. 1977, vol

Nessa solução foram adotados também vários regulamentos de arbitragem como ocorre, por exemplo, com o artigo 35 do Regulamento UNCITRAL 2010 (que replica fórmula idêntica do Regulamento de 1976)⁸⁵; ou com o artigo 21 do regulamento da Câmara de Comércio Internacional de 2012, segundo o qual “em todos os casos, o Tribunal Arbitral deve ter em conta a previsão contratuais e todos os usos relevante de comércio”⁸⁶. Quando tal regra foi originalmente formulada em 1975, o então vice-presidente do Tribunal, Jean Robert, disse: “É legítimo pensar aqui que essa fórmula abre caminho a uma forma de arbitragem mais ou menos livre, no futuro, de restrições legalistas”⁸⁷.

Em matéria de doutrina, assinala Blessing, que temos escutado críticas de muitos autores a argumentaram que essa fórmula corretiva na arbitragem só complicaria e forneceria incerteza, devendo-se, em vez disso, dar-se clara preferência a um sistema jurídico nacional. Os doutrinadores - expressa Blessing- talvez nunca participaram em uma arbitragem na qual tiveram que resolver questões relacionadas a esses assuntos, ou não perceberam que as legislações nacionais e as leis locais podem resultar estreitas ou inapropriadas⁸⁸.

A suíça Kaufmann-Kohler, outra jurista de prestígio, com vasta experiência no mundo da arbitragem, lembrando os casos em que participou como árbitra, em litígios submetidos aos direitos alemão, francês, inglês, polonês, húngaro, português, grego, turco, libanês, egípcio, tunisiano, marroquino, sudanês, liberiano, coreano, tailandês, argentino, colombiano, venezuelano, suíço, de Illinois e Nova York, auto questionou-se se é possível conhecer todos esses sistemas. Ela mesmo agregou que, exceto o direito de Nova York, que aprendeu há muitos anos e não pretende conhecer agora, e o suíço, que utiliza ativamente, a resposta é claramente não. E então, a autora se indaga: “o que deve ser feito com um direito desconhecido? Como fazer para conhecê-lo? Irão ensinar-me ao os advogados das partes? Devo ignorar-lo? Devo

II, p. 210-211.

85 É anterior à Lei Modelo da UNCITRAL e mesmo foi tomada em consideração em sua preparação. Assim, lê no documento do grupo de trabalho da UNCITRAL A / CN.9 / 263, Ad.1: Representação da Jugoslávia declarou que o artigo 28 deve ser complementada com o artigo 33 (3) do Regulamento da Arbitragem da UNCITRAL, para poder requerer do tribunal arbitral também a ter em conta “*los usos mercantiles aplicables a la transacción*”.

86 Vide <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#article_19> [último acesso 22 de maio de 2015].

87 Vide CRAIG, L.; PARK, W.; PAULSSON, J. *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3º ed. s.n.: Oceana Publications, 2000. p. 331.

88 BLESSING, M. Op. cit., p. 3. Além disso, Blessing assinala a existência de uma enorme quantidade de novas leis que foram criadas em diversas áreas do direito, levando a uma densa de regulamentos que não têm precedentes. As empresas que ingressam ao mercado internacional podem escolher ser sujeito às leis locais, mas no caso de surgir uma controvérsia, é necessário que o tribunal arbitral decida segundo as noções fundamentais e os princípios gerais reconhecidos segundo as expectativas legítimas das partes. O árbitro não pode ser um mero escravo ou uma espécie de mecânico que cegamente usa ferramentas locais para encontrar uma solução ao conflito.

enfocar-me nos fatos e na equidade?⁸⁹”.

Em uma enquete recente entre experientes árbitros norte-americanos, mais de um quarto dos que responderam, disseram que se sentem livres de seguir seu próprio senso de equidade e justiça ao proferir um laudo, mesmo que isso resultasse contrário ao direito aplicável⁹⁰.

Em definitiva, é sabia a fórmula dual da lei modelo de arbitragem, que permite, se for o caso, empregar usos, princípios e normas transnacionais, de maneira corretiva. Em seu momento, quando se estudava a lei modelo de arbitragem da UNCITRAL, a pressão de representantes de chamados países em desenvolvimento levou a excluir-se do pré-projeto as referências aos usos de comércio com efeito corretivo. Finalmente, no entanto, foi reinserida⁹¹.

Na esfera judicial, paradoxalmente, são vários os países em desenvolvimento que América Latina que aceitam a fórmula corretiva, a partir da ratificação das convenções interamericanas que permitem sua aplicação nesse âmbito.

Com efeito, faz um bom tempo que a OEA abertamente aceitou que juízes podem recorrer ao mecanismo de escape para “fazer as exigências impostas pela equidade no caso específico”, além da aplicação de “direitos estatais”, segundo a fórmula da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado (CIDIP II, Montevideu, 1979)⁹², instrumento que goza de numerosas ratificações na região⁹³.

A Convenção do México de 1994, sobre o direito aplicável à contratação, volta a replicar o espírito desta regra em seu artigo 10º, que

89 International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations in 'Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration', *Arbitration International*, vol 26, issue 2, p. 198.

90 STIPANOWICH, T. J. A Recent Survey of Experienced U.S. Arbitrators Highlights Areas for Further International Study and Discussion [online]. [último acesso 22 de maio de 2015]. Disponível em: <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2015/02/06/a-recent-survey-of-experienced-u-s-arbitrators-highlights-areas-for-further-international-study-and-discussion/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29>

91 Vide antecedentes em DE LY, Op. cit., p. 119.

92 Artigo 9º da presente convenção dispõe: “Las diversas leyes que pueden ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica serán aplicadas armónicamente, tratando de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades por su aplicación simultánea se resolverán tratando de realizar las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”. A norma se inspira em noções norte-americanas das doutrinas de CURRIE (políticas legislativas) e Cavers de (equidade), contrárias ao caráter abstrato e automático do sistema clássico prevalecente em América Latina; vide FRESNEDO DE AGUIRRE, C.; HERBERT, R. “Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano”. Em: *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002, p. 57. Também HERBERT, R. “La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”. *RUDIP*. año 1, n° 1, p. 89-90.

93 Argentina, Brasil, Colômbia, Guatemala, Paraguai, Equador, México, Perú, Uruguai y Venezuela. Vide <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>> [último acesso: 22 de maio de 2015].

é idêntico ao artigo 12 da lei paraguaia. Sob o título de “harmonização equitativa dos interesses”, esta prevê que, “além do disposto nos artigos anteriores se aplicarão, quando corresponda, as normas, os usos de comércio e os princípios da contratação preponderantes no direito comparado, com a finalidade de fazer as exigências impostas pela equidade no caso específico”.

Deve-se notar que palavras frequentemente alusivas a tais fórmulas amplas, como a equidade, usos, práticas e costumes, têm não poucas disparidades dentro do direito comparado referente à terminologia⁹⁴.

Berman e Dasser ressaltam que, na contratação internacional, antes geralmente designavam-se “costumes” aos entendimentos comerciais (“*comercial understandings*”) segundo as práticas contratuais. Enquanto que agora é utilizado principalmente a palavra “usos”⁹⁵.

Os usos podem ser expressamente incorporados ao contrato - como ao fazer-se referência aos INCOTERMS-, mas podem ser referidos de maneira implícita, quando eles ficam subentendidos no acordo. Nesse sentido, os usos do comércio podem ser considerados internalizados ao contrato como expressão do que as partes quiseram ou se entende que queriam⁹⁶. Adquirem então valor corretivo de mediar uma disposição extra em contrário ao direito escolhido.

O uso é particular à atividade concernida, uma vez que há adquirido aceitação geral - refere Goode - passando já a constituir m “princípio geral”⁹⁷. Esta equiparação, que assim se dá entre usos e princípios, já foi efetuada por um tribunal arbitral operando sob regras da ICC, presidido por Pierre Lalive⁹⁸.

Os princípios, usos e costumes do direito comercial internacional são denominados também “*lex mercatoria*” ou “*nova lex mercatoria*”, conforme utilizado, por exemplo, em célebre caso inglês⁹⁹.

94 Tal qual o destaca o comentário ao artigo 1º: 105 dos Princípios de Direito Europeu dos Contratos (PECL).

95 BERMAN, H. J. e DASSER, F. J. “The ‘new’ law merchant and the ‘old’: sources, content, and legitimacy”. Em: CARBONNEAU, T. E. (ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*. Revised Edition. s.l. Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 56. Vide também AKEHURST, M. *Custom as a Source of International Law, 1974-1975*, 47 BYIL 1, p. 11.

96 O artigo 9º da Convenção sobre a Venda Internacional de Mercadorias (CISG), do artigo 1º (8) dos Princípios UNIDROIT relativo “Usos e práticas”, assim como do artigo 1º: 105 dos Princípios do Direito Europeu dos Contratos (PECL) surgem duas categorias de usos. A primeira está composta por aqueles derivados da própria negociação. E a segunda das práticas conhecidas pelas partes do contrato e que observam no campo de seus negócios.

97 GOODE, R. *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*. 1997, 46 ICLQ 1, p. 16-17. Os usos podem expressar um amplo princípio de conduta ou um muito específico. O muito amplo podem, si estende-se a um tipo de atividade internacional contratual, ser elevada a princípios gerais do direito ou ser incluídos em uma convenção internacional e perdem seu *status* distintivo como uso de comércio (por exemplo, *pacta sunt servanda*). GOODE, R. Op. cit., p. 12.

98 Caso CCI 3380/1980, citado por CRAIG, L.; PARK, W.; PAULSSON, J. Op. cit., p. 102.

99 *Deutsche Schaubau-und Tiefbohrergesellschaft mbH*, Cámara de Apelaciones inglesa, 1998, GOODE, R. Op. cit., p. 29.

Todo isso deve ser levado particularmente em conta quando se interpreta o alcance da fórmula corretiva, concebida em amplos termos na lei paraguaia, em solução copiada da Convenção do México, em sintonia também com a solução contida no artigo 28(4) da Lei Modelo da UNCITRAL em matéria arbitral.

4.7. Ordem pública

O Artigo 17 da lei paraguaia adota o artigo 11 dos Princípios da Haia, pois se dirige diretamente ao juiz paraguaio¹⁰⁰, a diferença destes que - por seu peculiar caráter- encontra-se dirigido aos tribunais judiciais e arbitrais em abstrato.

Em geral, a regra fica em sintonia também com a Convenção do México que, sem cair no labirinto terminológico, distingue três hipóteses: 1) o resguardo de “regras imperativas do direito paraguaio que , segundo este direito, devem prevalecer ainda em presença da escolha de um direito estrangeiro” (artigo 17.1); 2) a possibilidade de tomar em consideração disposições imperativas atendíveis de outras jurisdições (artigo 17.2); e 3) a alternativa de que o juiz possa “excluir a aplicação de uma disposição do direito escolhido pelas partes se e somente na medida em que o resultado de sua aplicação seja manifestamente incompatível com a ordem pública”¹⁰¹.

O Grupo de Trabalho da Conferência da Haia que elaborou o projeto considera a formulação deste anexo e a utilização da noção de “manifestamente incompatível” como “*leitmotiv*” do empreendimento, vale dizer, promover ao máximo a autonomia da vontade, evitando toda a possível interferência dos Estados. Na opinião do Grupo de Trabalho, é praticamente impossível incluir directrizes precisas nesse assunto, exceto no relativo ao caráter restritivo da exceção da autonomia da vontade que o recurso à ordem pública implica¹⁰². Dito caráter restritivo é, pois, o que deveria prevalecer como norte.

Essa ordem pública encontra-se reconhecida em diversos instrumentos que regulamentam vinculações internacionais, às vezes utilizando a expressão “ordem pública internacional”¹⁰³ ou “ordem pública” simplesmente¹⁰⁴. Por sua parte, todas as convenções

100 Dada à dificuldade do assunto, não é de estranhar que a questão da ordem pública na arbitragem tem sido um dos “mais delicados” tratados na elaboração dos Princípios da Haia. Ver versão consolidada <http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf> [último acesso: 22 de maio de 2015].

101 Na Convenção do México estes assuntos estão regulamentados nos artigos 11 e 18.

102 <http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf> [último acesso: 22 de maio de 2015].

103 Por exemplo, nos artigos 1514 e 1520 (5) Código Francês de Processo Civil (renovado pelo artigo 2º do Decreto 2011-48, de 13 de janeiro de 2011.); O artigo 1096 (f) do Código de Processo Civil Português de 1986; como assim na legislação da Argélia, Líbano e Paraguai.

104 Assim, como o modelo da Arbitragem de UNCITRAL (art. 34 (2) (b) (ii) e vários outros

da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado depois de 1955, incorporam a palavra “manifesta”¹⁰⁵ para referir à contravenção da ordem pública, sublinhando assim seu caráter restritivo no plano internacional¹⁰⁶.

5. UM PASSO INICIAL GIGANTE PARA UM CAMINHO DE MIL LÉGUAS

No tema de seleção do direito não estatal encontramos-nos muitas vezes ante a suposição de que só haveria virtualidade no contexto arbitral, não havendo efetividade no plano judicial.

Ora, mesmo no plano arbitral tal seleção não encontra-se plenamente ampliada¹⁰⁷. Talvez em parte porque – como diz Bortolotti-

ditadas em consequência, assim como regulamentos arbitrais, além da Convenção de Nova Iorque de 1958, sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (artigo V, 2 b).

105 Tal qual o ressalta JAYME, E. “Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne”. *Cours général de droit international privé, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995, IV, Tome 251 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 229.

106 Vide RUBINO-SAMMARTANO, M. e MORSE, C.G.J. (eds). *Public Policy in Transnational Relationships*. Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991 p. 19-20. A palavra “manifesta” tem sido incorporada também em instrumentos convencionais interamericanos. Assim o faz a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Extranjeros (artigo 2.h), a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (artigo 17), a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, a Convenção de México de 1994 sobre o direito aplicável à contratação internacional e, no âmbito mercosulino, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (artigo 20, inciso f) e o Protocolo de Medidas de Cautelares (artigo 17).

107 Uma importante investigação de 2010 para que – o refere MISTELIS- se utilizaram 136 questionários extensos e dados qualitativos baseados em 67 entrevistas a profundidade, destaca foram utilizadas entrevistas, indica que o uso do direito transnacional é razoavelmente comum na prática da arbitragem (aproximadamente o 50% dos respondentes usaram pelo menos “a vezes”). (2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, Queen Mary, University of London, School of International Arbitration (SIA) y White & Case, pp. 11 y ss). Mais recentemente, entre fevereiro e março 2014 a enquete sobre o uso de instrumentos de “soft law” na arbitragem comercial internacional se abriu a respostas no Kluwer Arbitration Blog. Os usuários foram convocados a relatar seus encontros da vida real com vários instrumentos com os da International Bar Association relacionados a provas, conflitos de interesses, a representação de partes, assim como os princípios UNIDROIT de direito dos contratos, *lex mercatoria* e expressões semelhantes, etc. A pergunta foi se os reus tinham invocado ou aplicado um desses conceitos ou instrumentos quando atuaram como advogados ou árbitros em processos internacionais. A pesquisa recebeu 63 respostas. Os entrevistados que responderam definiram sua área de influência da seguinte forma: África - 6,6%, Médio Oriente - 11,5%, Ásia - 21,3%, -23% Europa Oriental, América do Norte (EUA e Canadá) - 26,2%, América Latina - 36,1 %, e na Europa Ocidental - 44,3%. A maioria dos entrevistados (71,5%) tinha menos de 40 anos. 17,4% entre 41 e 60 anos e 11,1% mais de 60. Dos diferentes instrumentos, especificamente os princípios UNIDROIT e *lex mercatoria* deram resultados semelhantes, o que pode sugerir que são usados de maneira intercambiável. As respostas aos princípios UNIDROIT são: 6,3% sempre usam, 12,7% regularmente, 46% ocasionalmente, e 34,9% nem os han usado. As respostas a *lex mercatoria* e noções semelhantes estavam pertas: 3,2% sempre as usou, 15,9% regularmente, 49,2% ocasionalmente e 31,7%, nem. Para adicionar, em torno de 50% dos respondentes usam ambos os instrumentos ocasionalmente,

muitas vezes as partes escolhem direitos internos para minimizar o risco de reversão do ditado pelos tribunais perante os quais se postula por uma eventual impugnação¹⁰⁸.

Em definitiva, a nova lei paraguaia cria as condições para ir-se superando o medo no campo da arbitragem e para que também apele-se à escolha do direito não estatal no plano judicial.

Obviamente, demandará tempo a assimilação das fecundíssimas potencialidades dessa lei e o uso eficaz das ferramentas que ela confere às partes contratantes, assim como a juízes e árbitros. Por exemplo, deve ficar claro a um juiz que, na ausência de escolha, não necessariamente deve-se buscar uma legislação nacional que seja aplicável. Além disso, é desejável que isso só ocorra em casos excepcionais, segundo o já dito, e que o juiz tenha a primeira opção de apelar ao direito não estatal.

CONCLUSÕES

Os paraguaios já não têm porque envergonhar-se. Tendo antes um dos regimes mais anacrônicos no mundo em matéria de contratos internacionais, dispõem hoje uma lei mais apropriada para reger obrigações transfronteiriças.

Esta lei reconhece amplamente a autonomia da vontade, a especificar diversas vicissitudes que possam surgir a respeito de questões relacionadas a esse princípio, que por sua vez delimita o alcance da liberdade dentro de um contexto equilibrado de ordem pública, que atende tanto ao resguardo de regras e princípios essenciais do país, como aos requisitos de que o tema seja tratado com ótica cosmopolita.

Por certo o real “*cavalo de Tróia*” da lei paraguaia está na admissão do direito não estatal. Os Princípios da Haia considerados no debate abertamente admitem sua aplicabilidade. Ao fazê-lo, vão mais além do que o Regulamento Roma I, que rejeita esta solução, e também, por outro lado, da Convenção do México, pois o fazem com contundência.

Roma e México tinham elaborado o caminho para várias das soluções contidas nos Princípios da Haia, que têm o mérito de estabelecer em termos claros muitos dos termos e discussões sobre várias questões que afetam a lei aplicável aos contratos internacionais, oferece-se ao mundo formidável modelo a partir do qual pode-se elaborar legislação na matéria. O Paraguai soube fazer proveito disso com sua nova lei. É de se esperar que outros países possam seguir esses passos.

No que diz respeito à arbitragem internacional, muitos dos

em torno de 20% sempre ou regularmente e perto a 30% nem (Elina Mereminskaya, Bofill Mir & Alvarez Jana Abogados, for ITA, Results of the Survey on the Use of Soft Law Instruments in International Arbitration, 6 June 2014, em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration>> [último acesso 22 de maio de 2015].

108 BORTOLOTTI, F. Op. cit., p. 7.

assuntos abordados pela nova lei paraguaia – como foi visto- são objeto de controvérsia ou ao menos não estão totalmente esclarecidos. Pelo que tal corpo normativo pode erigir-se em ferramenta formidável de ajuda interpretativa, com disposições de acentuado matiz cosmopolita, inspiradas em instrumentos de vanguarda, como os diplomas da Haia e do México. Diplomas que claramente abrem portas ao futuro, com seus benéficos resultados já podendo ser verificados nos países que os incorporaram.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKEHURST, M. *Custom as a Source of International Law*, 1974-1975, 47 BYIL 1, p. 11.

BARCELO, J. J.; MEHREN, A. von; VARADY, T. *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, 4ª ed. s.n.: Thomson Reuters, 2009, p. 70.

BASEDOW, J.; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.; MORENO RODRÍGUEZ, J.A. (eds.). *Cómo se codifica hoy el Derecho Comercial Internacional*. Asunción: CEDEP y la Ley Paraguaya, 2010.

BERMAN, H. J. e DASSER, F. J. “The ‘new’ law merchant and the ‘old’: sources, content, and legitimacy”. Em: CARBONNEAU, T. E. (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*. Revised Edition. s.l. Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998.

BLESSING, M. “Choice of Substantive Law in International Arbitration”. *Journal of International Commercial Arbitration*. 1997, vol 14, nº 2, p. 12.

BORTOLOTTI, F. *The Application of Substantive Law by International Arbitrators, International Chamber of Commerce (ICC)*. DOSSIERS ICC Institute of World Business Law, Paris, 2014, p. 7-8.

CARON, D.; CAPLAN, L.; PELLONPÄÄ, Matti. *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary*. s.n.: Oxford University Press, 2006.

CRAIG, L.; PARK, W.; PAULSSON, J. *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed. s.n.: Oceana Publications, 2000, p. 331.

DE LY, F. *International Business Law and Lex Mercatoria*. Netherlands: Elsevier Science Publishers B.V., 1992, p. 250.

DERAINS, Y. “The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration”. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. 1995, vol 6, nº 1, p. 6.

ESPLUGUES, C. (ed.). *Contratación Internacional*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1994.

FRESNEDO DE AGUIRRE, C.; HERBERT, R. “Flexibilización Teleológica del Derecho Internacional Privado Latinoamericano”. Em:

Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina, Liber Amicorum Jürgen Samtleben. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2002.

GAILLARD, E. E. *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*. Tradução ao espanhol de María Esmeralda Moreno R. Asunción: Ed. La Ley Paraguaya, CEDEP, Thomson Reuters, 2010.

GAMA, L.; SAUMIER, G. "Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts". Em: *Jornadas de la ASADIP: El Derecho internacional privado en los procesos de integración regional* (San José 24-26 de noviembre de 2011). San José: ASADIP e Editorial Jurídica Continental, 2011, p. 56-62.

GOODE, R. "Reflections on the Harmonization of Commercial Law". Em: CRANSTON, R.; GOODE, R. (eds.). *Commercial and Consumer Law comercial e Direito do Consumidor*.

GOODE, R. *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*. 1997, 46 ICLQ 1, p. 16-17.

HERBERT, R. "La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales". *RUDIP*. año 1, n° 1, p. 89-90.

HERNÁNDEZ-BRETÓN, E. "La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina". Em: *Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades*. Asunción: CEDEP, 2008. (DeCITA 9).

JAYME, E. "Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne". *Cours général de droit international privé, Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995, IV, Tome 251 de la collection, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 229.

JENKINS, J.; STEBBINGS, J. "International Construction Arbitration Law". *Kluwer Law International*. 2006, p. 390 - 404.

JUENGER, F. K. "General Course on Private International Law (1983)". Em *Recueil Des Cours, Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1985-IV, tomo 193.

JUENGER, F. K. "The Lex Mercatoria and Private International Law". *Louisiana Law Review*. 2000, p. 1148.

MORENO RODRÍGUEZ, J. A. *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010, Anotado y Comentado*. Buenos Aires: Editorial, 2011.

MORENO RODRÍGUEZ, J.A. "Contratos y La Haya". Em: *Contratación y Arbitraje – Contribuciones Recientes*, CEDEP, Asunción, 2010, p. 26.

MORENO RODRÍGUEZ, José. "Los Contratos y La Haya: ¿Ancla al Pasado o Puente al Futuro?" [online]. En *Contratación y Arbitraje, Contribuciones Recientes*. Asunción: CEDEP, 2010 [acceso 22 de

maio de 2015]. Disponível em: <<http://jmoreno.info/v1/wp-content/uploads/2014/11/Los-Contratos-y-La-Haya1.pdf>>

MORENO RODRÍGUEZ, José. “Los Principios Contractuales de UNIDROIT: ¿Un Mero Ejercicio Académico de Juristas Notables?”. *Revista Foro de Derecho Mercantil*. 2005.

MORENO RODRÍGUEZ, José. *Temas de Contratación Internacional, Inversiones y Arbitraje* [online]. Asunción: Catena Editores y CEDEP, 2006 [acesso 22 de maio de 2015]. Disponível em: <<http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/civil/Jos%C3%A9-Antonio-Moreno-Los-principios-contractuales-de-unidroit.pdf>>

PAULSON, J. *The Idea of Arbitration*. London:Oxford University Press, 2013.

PERMANENT BUREAU. *Consolidated version of preparatory work leading to the draft Hague principles on the choice of law in international contracts*, p. 26. [último acesso 22 de maio de 2015] <http://www.hcch.net/upload/wop/contracts_2012pd01e.pdf>

PERTEGAS, M.; MARSHALL, B. A. “Harmonization Trough the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”. *Brooklyn Journal of International Law*. 2014, vol 39, n 3, p. 979.

RUBINO-SAMMARTANO, M. e MORSE, C.G.J. (eds). *Public Policy in Transnational Relationships*. Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991 p. 19-20.

SANDERS, P. “Commentary On Uncitral Arbitration Rules”. *Yearbook Commercial Arbitration*. 1977, vol II, p. 210-211.

SILBERMAN, L.; FERRARI, F. “Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting it Wrong” [online]. Em: FERRARI e KROLL (eds.). *Conflict of Laws in Internation Commercial Arbitration*. Munich: European Law Publishers, s.d., p. 3. [último acesso: 24 de setembro de 2015]. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1674605>>

SIQUEIROS, J. L. “Los Principios de UNIDROIT y la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”. Em: *Contratación Internacional, Comentarios a los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales del UNIDROIT*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Panamericana, 1998, p. 223.

STIPANOWICH, T. J. *A Recent Survey of Experienced U.S. Arbitrators Highlights Areas for Further International Study and Discussion* [online]. [último acesso 22 de maio de 2015]. Disponível em: <http://klowerarbitrationblog.com/blog/2015/02/06/a-recent-survey-of-experienced-u-s-arbitrators-highlights-areas-for-further-international-study-anddiscussion/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFuIl+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29>

WEBSTER, T. H. *Handbook of Uncitral Arbitration, Commentary, Precedents and Materials for UNCITRAL based Arbitration Rules*. Sweet & Maxwell: Thomson Reuters, 2010, p. 513.

NUEVOS DESARROLLOS EN LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL*

NOVOS DESENVOLVIMENTOS NA COOPERAÇÃO JURÍDICA EM MATÉRIA CIVIL E COMERCIAL

*Ignacio Goicoechea***

Resumen: *El propósito de este trabajo es señalar el desarrollo que ha tenido la Cooperación Jurídica Internacional en los últimos tiempos. Destacando su vínculo con la protección de los derechos humanos y el desarrollo de los negocios internacionales, y presentando las nuevas herramientas que se están utilizando en esta materia para hacerla más rápida y eficiente. Finalmente se alienta a los actores a que las utilicen de la forma más amplia y creativa posible, y cuando resulte apropiado se legisle de manera de facilitar un mayor uso y amplia difusión de las mismas.*

Resumo: *O propósito deste trabalho é sinalizar o desenvolvimento apresentado pela Cooperação Jurídica Internacional nos últimos tempos. Destacando o seu vínculo com a proteção dos direitos humanos e o desenvolvimento dos negócios internacionais, e apresentando as novas ferramentas que são utilizadas nesta matéria para fazê-la mais rápida e eficiente. Finalmente, se encoraja aos atores que as utilizem de forma mais ampla e criativa possível, e quando resulte apropriado, seja feita a regulamentação para facilitar um maior uso e ampla difusão das mesmas.*

Palabras clave: Cooperación Jurídica Internacional, Nuevas tecnologías, Conferencia de La Haya, Autoridades centrales, Comunicaciones judiciales directas, Litigios internacionales, Exhorto, Videoconferencia

Palavras-chave: Cooperação Jurídica Internacional, Novas tecnologias, Conferência da Haia, Autoridades centrais, Comunicações judiciais diretas, Litígios internacionais, Exorto, Videoconferência

* Este artículo es una versión adaptada al formato de la RSTPR. El trabajo original fue publicado en: CEDEP. *Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración, Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*. Asunción: CEDEP, 2013. p. 475-496.

** Representante para América Latina de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (las opiniones vertidas en este artículo corresponden exclusivamente al autor, y no reflejan necesariamente la posición oficial del Organismo que representa). E-mail: ig@hcch.nl

1. INTRODUCCIÓN

De la mano de nuestro mundo globalizado, la Cooperación Jurídica Internacional ha tomado mayor relevancia y en todos los rincones del mundo podemos descubrir signos inequívocos de su progresivo e incesante desarrollo.

En este breve artículo procuraremos señalar varias de las razones que explican la importancia que ha tomado la cooperación jurídica internacional en nuestros días, reseñar la favorable evolución que ha tenido esta materia en las últimas décadas, y especialmente presentar los nuevos desarrollos que se han generado en los últimos tiempos, como resultado de la aplicación de las nuevas tecnologías a la cooperación jurídica internacional.

1.1. ¿Qué entendemos por cooperación jurídica internacional?

Existen distintas definiciones de cooperación jurídica internacional y otros términos parecidos, que se usan a veces como sinónimos o categorías dentro de la especie (asistencia judicial internacional, cooperación judicial internacional, cooperación procesal internacional, etc.). Sin embargo, a los efectos de este trabajo, no pretendemos comparar estos términos, ni presentar una definición categórica sobre el tema. Apenas intentaremos comenzar describiendo brevemente a qué nos referimos cuando hablamos de cooperación jurídica internacional en el presente artículo.

Llamamos cooperación jurídica internacional básicamente a los procedimientos o mecanismos que se encuentran disponibles para facilitar la eficacia de un acto o procedimiento jurídico que debe surtir efecto o llevarse a cabo en una jurisdicción extranjera.

Consideramos que la cooperación jurídica puede darse en una amplísima gama de circunstancias, que van desde el simple reconocimiento de un documento público hasta la realización de actos procesales específicos requeridos por las autoridades del país requirente (eg. notificaciones, obtención de pruebas, medidas cautelares, reconocimiento y ejecución de sentencias, etc.).

La cooperación jurídica puede darse a nivel administrativo y/o judicial (la cooperación judicial la consideramos una especie, comprendida dentro del género cooperación jurídica) y en líneas generales se la divide en materia penal y materia civil y comercial (ésta última entendida en un sentido amplio, que incluye derecho comercial, familiar, administrativo, laboral, impositivo, etc.).

En el presente trabajo nos referiremos especialmente a la cooperación jurídica en materia civil y comercial, con la amplitud que acabamos de describir.

1.2. Su relación con la globalización y los espacios de justicia

La globalización naturalmente produce significativos efectos en el campo del derecho. Uno de ellos ha sido la ambición de crear espacios de justicia transfronterizos. Es decir garantizar el estado de derecho en una determinada zona o región que comprende más de un país, y por ende más de un ordenamiento jurídico.

Así, la Unión Europea trabaja para desarrollar un espacio de justicia europeo. Concretamente, en el Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, el Consejo formuló el objetivo de *“crear un auténtico espacio europeo de Justicia, basado en el principio de que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros no debe impedir a personas y empresas ejercer sus derechos o disuadirles de ejercerlos”*.

Por su parte, en el espacio Iberoamericano, también vemos similar intención. Los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana de Naciones reunidos en su XV Cumbre en Salamanca, España, los días 14 y 15 de octubre de 2005, manifestaron entre otras cosas: *“...22. Destacamos la importancia del Reglamento que regula la composición, competencias y funcionamiento de la Red iberoamericana de Cooperación Judicial, para articular y consolidar un Espacio Iberoamericano de Justicia”*.

Parece una obviedad afirmar que la cooperación jurídica internacional es una pieza fundamental en la construcción de espacios de justicia, y es fácil entender porque las iniciativas que venimos de describir están contribuyendo sustancialmente al desarrollo de la cooperación jurídica en las respectivas regiones. Pensamos también que en el siglo XXI podemos ya aspirar, y contribuir con la construcción, de un espacio de justicia mundial, donde toda persona tenga garantizado el acceso a la justicia y a una tutela efectiva de sus derechos, en cualquier lugar del planeta en que se encuentre. Sin lugar a dudas, la cooperación jurídica internacional será una de las piezas fundamentales en la construcción de este gran espacio de justicia.

1.3. Su contribución al desarrollo de los negocios internacionales

La cooperación jurídica internacional se hace indispensable para garantizar la seguridad jurídica y el acceso a la justicia, generando un impacto concreto en el desarrollo de los negocios internacionales.

Para ilustrar esta afirmación citamos al Hon. Robert Mc. Clelland (Procurador General de Australia), quien expresaba en una presentación efectuada en una reunión de Ministros de Justicia de los Estados del Commonwealth, realizada en Australia en Julio de 2011, que *“normas y procedimientos eficientes y efectivos para resolver disputas internacionales*

facilitan la planificación anticipada de las transacciones y pueden simplificar y agilizar la resolución de esas disputas. Ellas ayudan a minimizar los riesgos de transacción, litigios y ejecuciones, y crean un ambiente propicio para el comercio internacional. La coordinación de estas normas y procedimientos, con aquellas de los otros países involucrados en las respectivas transacciones son un aspecto importante que hacen a la eficiencia y efectividad del contexto jurídico de las transacciones internacionales”¹.

Dentro del trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, encontramos dos ejemplos concretos que pueden ilustrar el vínculo entre la cooperación jurídica internacional y el desarrollo de los negocios internacionales.

El primero es el caso del Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961, Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros (“Convenio de la Apostilla”). En el año 2010, el Banco Mundial emitió el primer informe sobre Inversiones transfronterizas (“*Investing Across Borders 2010*”), el cual mide a la inversión extranjera directa en función del marco legal y regulatorio de los Estados. El informe considera que el Convenio de la Apostilla facilita el inicio de los negocios para las compañías extranjeras al simplificar el procedimiento para autenticar los documentos públicos extranjeros y califica con un punto adicional a aquellos países que lo tengan en vigor.

El segundo ejemplo es el del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005, sobre Elección de Foro. En este caso, la Cámara de Comercio Internacional, viene recomendando activamente a los Estados a que incorporen este instrumento a su ordenamiento jurídico, por considerar que: El Convenio implicará un avance muy significativo al reducir la carga de los Tribunales y los costos para el comercio internacional que se gastan con frecuencia en largas batallas jurídicas, producidas esencialmente por temas procesales².

Consideramos que los dos ejemplos citados, pueden ayudarnos a imaginar muchas otras situaciones e instrumentos aplicables a la cooperación jurídica internacional, que pueden tener un impacto de mayor o menor grado en el desarrollo de los negocios internacionales.

1 “International civil legal co-operation”, The Hon. Robert Mc. Clelland (Attorney General, Commonwealth of Australia) and Mary Keyes (Griffith Law School, Australia), *Commonwealth Law Bulletin*, Vol. 37, No. 4, December 2011, 661–669. Traducción libre del párrafo citado hecha por el autor de este artículo.

2 “The Convention ensures the effectiveness of choice of court agreements in international commercial transactions and secures the enforcement of foreign judgments rendered pursuant to those agreements. It therefore provides international commercial transactions with increased certainty and reduces, as stressed in a previous ICC statement, “the workload of courts and the expense to business of long court battles over essentially procedural points”, thereby contributing to a favourable climate for trade and investment”, disponible en: <<http://www.iccwbo.org/News/Articles/2012/ICC-calls-on-governments-to-facilitate-cross-border-litigation/>>.

1.4. Su relación con los Derechos Humanos

El derecho de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva han sido consagrados como derechos humanos en distintos instrumentos -entre otros, se desprenden de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-. En situaciones transfronterizas el acceso a la justicia y a una tutela efectiva dependen en gran medida del grado de efectividad que tenga la cooperación jurídica internacional, pues a través de ella el individuo puede realizar las diligencias que necesite en el extranjero, las cuales resultan en muchos casos vitales para la concreción de la justicia en el caso (eg. reconocimiento y ejecución de una decisión en el extranjero, acceso a una representación jurídica gratuita en el extranjero, etc.).

En materia de niñez, la propia Convención de los Derechos del Niño promueve el desarrollo de la cooperación jurídica internacional para lograr la efectiva protección internacional de los niños (art. 11 sustracción internacional de niños, art. 21 adopción internacional, art. 27 obtención de alimentos en el extranjero, 34 abuso y explotación sexual, art. 35 secuestro, venta o trata).

Finalmente, podemos mencionar el caso del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de niños, el cual es considerado un Convenio de Derechos Humanos, y la falta de urgencia en el trámite de los casos ha sido considerada como una violación de derechos humanos por la Corte Europea de Derechos Humanos, que ha sancionado a Estados por incumplir las obligaciones asumidas en dicho convenio de cooperación jurídica internacional (eg. caso Iosub Caras v. Rumania HC/E/ 867; Ignaccolo-Zenide v. Romania, HC/E/ 336 –Base INCADAT-)

1.5. La evolución de la cooperación jurídica internacional

La cooperación jurídica internacional tradicionalmente se fundaba en los principios de reciprocidad y cortesía internacional (*comitas gentium*).

Este fundamento ha ido evolucionando para considerarse hoy principalmente un deber el prestar asistencia jurídica para facilitar el funcionamiento de la Justicia (favor a la Justicia y a los justiciables/individuos), y no necesariamente como un acto de cortesía de un Estado hacia otro.

Tradicionalmente, la cooperación jurídica era canalizada casi exclusivamente a través de exhortos o cartas rogatorias que circulaban por los canales diplomáticos. Sin embargo, en las últimas décadas, los canales diplomáticos se han ido reemplazando progresivamente por canales más directos, principalmente por medio de las “Autoridades Centrales”. Estos canales más directos han sido introducidos a través

de numerosos convenios internacionales, que han proliferado en esta materia tanto a nivel global, regional, subregional y bilateral. Estos instrumentos establecen mecanismos especialmente diseñados para el efectivo funcionamiento de la cooperación jurídica internacional en determinadas materias.

Los desarrollos descritos hasta aquí muestran una evolución favorable de la cooperación jurídica internacional. Sin embargo, consideramos que en esta materia hay mucho por hacer, y que todavía hoy se está lejos de alcanzar la agilidad y efectividad que exigen los tiempos actuales, a pesar de que a nuestro entender se encuentran disponibles valiosas herramientas que de implementarse masivamente nos acercaría significativamente a esa agilidad y efectividad que aspiramos.

2. NUEVOS DESARROLLOS EN LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL

A continuación procuraremos presentar varios desarrollos que se han dado en los últimos años y que a nuestro entender, de alguna manera anticipan una nueva era en la cooperación jurídica internacional, en la cual a través de la aplicación de nuevas tecnologías, la cooperación se volverá mucho más fluida y eficaz.

2.1. El trabajo en Red: Redes de Autoridades Centrales, Redes de Jueces, Redes de puntos de contacto

En las últimas décadas la cooperación jurídica internacional se ha venido apoyando cada vez más en el trabajo de distintas redes de actores vinculados de una forma o de otra con la operatoria de la cooperación jurídica internacional. Se pueden distinguir básicamente tres tipos de redes que han tenido un desarrollo notorio en las últimas décadas, estas son: *i)* las Redes de Autoridades Centrales; *ii)* Las Redes de Jueces, y las *iii)* Redes de Puntos de Contacto.

i) Las Redes de Autoridades Centrales

En primer lugar cabe preguntarse ¿qué es una Autoridad Central? ¿quién las designa, cuántas existen, se pueden delegar sus funciones?

Una Autoridad Central es un organismo designado por un Estado para cumplir las funciones atribuidas específicamente a esta figura en un determinado convenio internacional.

Las Autoridades Centrales cumplen un rol clave en el funcionamiento de los Convenios. Básicamente, el principal objetivo es facilitar (desburocratizar) la cooperación jurídica procurando hacerla lo más efectiva posible.

Cada Estado tiene plena libertad para designar al organismo que considere más adecuado para cumplir las funciones previstas en un determinado Convenio. Asimismo, las diversas funciones establecidas por el convenio a la Autoridad Central son en su mayoría delegables, es decir no necesariamente deben ser cumplidas por la misma institución designada, sino que las distintas funciones pueden ser distribuidas entre otras instituciones públicas o privadas competentes en el mismo Estado. Lo ideal es que cada acción sea llevada a cabo por la institución que en dicho Estado se encuentra mejor preparada para cumplir esa función. Sin embargo, más allá de las delegaciones que se puedan hacer a nivel interno, la Autoridad Central sigue siendo quien responde ante sus similares en el extranjero por las acciones u omisiones en las responsabilidades asignadas por el respectivo convenio a las Autoridades Centrales.

En atención al tipo de foro que generó el Convenio de Cooperación Jurídica, tendremos Redes de Autoridades Centrales a nivel global³, nivel regional⁴; y nivel subregional⁵.

Teniendo en cuenta que las Autoridades Centrales comenzaron a utilizarse hace más de 50 años –con la Convención de UN sobre Obtención de Alimentos en el extranjero de 1956 (“Autoridades Remitentes e Instituciones Intermediarias”); Convenios de La Haya: Notificaciones de 1965-, cabría preguntarse ¿por qué hoy todavía presentamos como un “nuevo desarrollo” el trabajo en red de las Autoridades Centrales.

La explicación que podemos dar, es que en las últimas décadas se ha dado un aumento exponencial de Estados partes a los convenios de cooperación jurídica internacional –seguramente debido al gigantesco aumento del tráfico jurídico-. Ello a su vez ha generado una significativa difusión del sistema de Autoridades Centrales entre los operadores jurídicos.

Por su parte, algunos foros generadores de convenios de cooperación jurídica internacional organizan periódicamente reuniones de Autoridades Centrales designadas para un determinado Convenio (principalmente la Conferencia de La Haya y la Unión Europea, pero en cierta medida también dentro del grupo Iberoamericano de países, la OEA y el MERCOSUR), a fin de, evaluar su funcionamiento, detectar posibles obstáculos y procurar superarlos, identificar buenas prácticas

3 eg. Convención de UN sobre Obtención de Alimentos en el extranjero de 1956 (“Autoridades Remitentes e Instituciones Intermediarias”); Convenios de La Haya: Notificaciones de 1965; Pruebas de 1970; Acceso a la Justicia de 1980; Sustracción de Niños de 1980; Adopción Internacional de 1993; Protección de Niños de 1996; Obtención de Alimentos de 2007; etc.

4 eg. UE: Información sobre el derecho extranjero de 1968; Reglamento (EC) No 1348/2000 de 29 de Mayo de 2000, relativo a Notificaciones (“organismo transmisor” y “organismo receptor”); El Reglamento (EC) No 1206/2001 de 28 de Mayo de 2001 relativo a la Obtención de Pruebas (órgano central); Directiva del Consejo 2003/8/EC sobre Acceso a la Justicia (“autoridades expedidoras” y “autoridades receptoras”); OEA –Convenciones Interamericanas: Exhortos de 1975; Recepción de Pruebas de 1975; Prueba e información del Derecho Extranjero de 1979; Restitución de Menores de 1989, etc.

5 MERCOSUR: Protocolo de Las Leñas de 1992; Protocolo de Ouro Preto de 1994, etc.

y promoverlas en otras jurisdicciones. Este conocimiento mutuo y trabajo común, es la piedra fundamental del desarrollo de las Redes de Autoridades Centrales. Naturalmente, a mayor conocimiento y confianza, mayor fluidez y efectividad en la operatoria de los mecanismos de cooperación jurídica internacional.

Finalmente, dentro del trabajo mancomunado descrito en el párrafo anterior, se ha generado en los últimos años un aumento significativo de las herramientas puestas a disposición de las Autoridades Centrales. Entre otras, herramientas para la comunicación e información (en especial el uso del email, formularios, sitios web, bases de datos, etc.), manuales de funcionamiento de los convenios, guías de buenas prácticas, y conclusiones y recomendaciones de las reuniones de evaluación del funcionamiento de los convenios.

ii) Redes de Jueces

Con el propósito de lograr mayor rapidez y eficacia en la cooperación judicial, se han ido desarrollando en las últimas décadas, de manera progresiva, algunas Redes de Jueces que han logrado comenzar a desarrollar mecanismos de cooperación directa entre sí.

A nivel global, identificamos a la Red Internacional de Jueces de La Haya (en adelante la “RIJLH”). La creación de la Red Internacional de Jueces de La Haya de especialistas en cuestiones de familia fue propuesta por primera vez en 1998 en el seminario para jueces de De Ruwenberg sobre la protección internacional de niños. Se recomendó que las autoridades pertinentes (por ejemplo, presidentes de tribunales u otros funcionarios, según sea apropiado dentro de las diferentes culturas legales) de las diferentes jurisdicciones designen uno o más miembros de la judicatura para que actúen como canales de comunicación y enlace con sus Autoridades Centrales nacionales, con otros jueces dentro de sus propias jurisdicciones y con jueces de otros Estados contratantes, con relación por lo menos inicialmente, a cuestiones relativas al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Se consideró que el desarrollo de esta Red facilitaría las comunicaciones y la cooperación entre jueces a nivel internacional y ayudaría a asegurar la operación efectiva del Convenio de La Haya de 1980. Recientemente, en la reunión de la RIJLH que tuvo lugar en Londres, en el mes de julio de 2013, los jueces de la red coincidieron en que existe una amplia gama de instrumentos internacionales, tanto regionales como multilaterales en relación a los cuales los jueces de la RIJLH pueden tener un rol valioso. Actualmente, la Red Internacional de la Haya cuenta con 82 jueces que representan a 55 países de todos los continentes (17 latinoamericanos).

El papel de cada miembro de la Red Internacional de Jueces de

La Haya consiste primordialmente en actuar de enlace entre sus colegas a nivel interno y a nivel internacional con otros miembros de la Red. Los miembros de la Red desempeñan dos funciones de comunicación principales. La primera función de comunicación posee carácter general y consiste en compartir información general de la Red Internacional de Jueces de La Haya, o de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, con sus colegas de jurisdicción y vice versa. Puede consistir también en la provisión de información general sobre la interpretación y funcionamiento de instrumentos internacionales. La segunda función de comunicación consiste en comunicaciones judiciales directas entre dos jueces competentes en casos específicos que se tramitan en dos países distintos (eg. el juez que debe decidir la restitución de un niño en el país donde este ha sido trasladado y el juez que debe decidir la custodia en el país de la residencia habitual del niño).

A nivel regional se destaca la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, creada por Decisión del Consejo N°2001/470/EC de 28-5-01. Sus objetivos generales son mejorar la cooperación judicial efectiva entre los Estados miembro y mejorar el acceso efectivo a la justicia de las personas involucradas en procesos transfronterizos. Esta red está compuesta por *i*) puntos de contacto, *ii*) Autoridades Centrales, y *iii*) magistrados de enlace (mayor información disponible en el sitio web: <http://ec.europa.eu/civiljustice/index_es.htm>).

A nivel nacional, también se identifican redes de cooperación judicial internacional, entre otras, la Red Española de Cooperación Judicial Internacional (REJUE), Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, y la Red Argentina para la Aplicación del Convenio de La Haya en materia de Restitución Internacional de Menores.

iii) Redes de Puntos de Contacto

La Red de Puntos de Contacto de mayor relevancia es sin dudas la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed -www.iberred.org-).

Se trata de una herramienta de cooperación, en materia civil y penal, puesta a disposición de los operadores jurídicos de 22 países Iberoamericanos y del Tribunal Supremo de Puerto Rico (incluyendo Andorra, España y Portugal). Fue constituida en una reunión que tuvo lugar en el mes de octubre de 2004, y está formada por las tres autoridades con competencia en materia de cooperación judicial: la Conferencia de Ministros de Justicia de los países Iberoamericanos (COMJIB), la Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI) y la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP).

La IberRed ha venido desarrollando trabajos en distintas temáticas

de la cooperación jurídica internacional. Este trabajo se lleva adelante a través de seis grupos de Trabajo: Extradición; Asistencia Penal Mutua; Sustracción de Menores; Traslado de Personas Condenadas; Delincuencia Organizada (UNTOC); Corrupción (UNCAC).

A su vez, cada dos años la Secretaria de IberRed organiza encuentros presenciales de puntos de contacto en los cuales se comparten experiencias y se trabaja para procurar darle mayor agilidad a la cooperación jurídica internacional (eg. mediante el desarrollo de Guías de Buenas Prácticas, Protocolos u otros documentos similares).

2.2. Las comunicaciones judiciales directas internacionales (CJD)

Las CJD son comunicaciones entre dos autoridades judiciales de distintos países que se desarrollan sin la intervención de una autoridad administrativa (autoridades intermediarias), como es el caso habitual de los exhortos internacionales que tramitan usualmente a través de Cancillerías y/o Autoridades Centrales designadas por el propio país (generalmente administrativas).

Estas CJD se pueden dar tanto en forma escrita, a través de correo electrónico o fax, o en forma oral, ya sea por teléfono, videoconferencia u otro medio de transmisión de voz e imagen.

En líneas generales, el objeto de la comunicación puede ser un pedido de información sobre la normativa u otros aspectos del sistema jurídico del Juez requerido, o un intercambio de información sobre algún caso específico que vincule a los dos Jueces.

Consideramos que estas CJD podrían darse en cualquier materia, pero en la actualidad hemos identificado dos áreas en las que se ha dado un desarrollo considerable y que creemos interesante abordar: *i*) los procesos de insolvencia transfronteriza y *ii*) los procesos de protección internacional de niños, especialmente en situaciones de sustracción internacional de niños.

i) CJD en procesos de insolvencia transfronteriza

La insolvencia transfronteriza es uno de los campos que puede considerarse pionero en el uso de las CJD. Sus orígenes se remontan al año 1991, en el caso *Maxwell Communication Corp. plc.* (186 BR 807 – *Dist. Court*, SD New York, 1995) que vinculara a la Justicia de los Estados Unidos con la Justicia del Reino Unido.

En el caso citado, la compañía holding tenía su centro de administración en el Reino Unido y subsidiarias en diversos países del mundo, pero principalmente en los Estados Unidos. La debacle económica de esta empresa generó procedimientos de insolvencia en

los EE.UU. y el Reino Unido. El conflicto era obvio, dos jurisdicciones distintas tenían abierto un proceso de quiebra sobre la misma empresa. Para minimizar dichos problemas, la Juez Brozman, a cargo del tribunal de los Estados Unidos, decidió designar a un facilitador para armonizar los dos procedimientos a efectos de permitir una reorganización conforme la ley de los Estados Unidos que maximizaría el retorno para los acreedores. La Juez Brozman y el Magistrado Hoffman (a cargo del Tribunal inglés), subsecuentemente, autorizaron al facilitador y los administradores en ambas jurisdicciones a coordinar sus esfuerzos conforme a un documento que podía considerarse una suerte de “Protocolo de actuación”. En ese documento el facilitador y los administradores enumeraron sus respectivas potestades y obligaciones y establecieron un plan de acción para la coordinación y armonización de los procedimientos en los Estados Unidos y el Reino Unido. Este plan de acción permitió proteger mejor los derechos de los acreedores y maximizar sus retornos en ambas jurisdicciones.

El Protocolo Maxwell fue el primer ejemplo que se conoce de una cooperación formal entre tribunales extranjeros en procedimientos de insolvencia transfronteriza, sin afectar en forma alguna la jurisdicción de los dos tribunales conforme a sus respectivas leyes. Después del caso Maxwell, los protocolos han sido usados en numerosos casos de insolvencia para coordinar los procedimientos multinacionales pendientes simultáneamente en distintos países (inclusive entre jurisdicciones del Common Law y de Derecho continental – eg. caso Nakash⁶-).

Estas prácticas fueron luego receptadas en la Ley Modelo sobre Insolvencia transfronteriza que aprobó la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en 1997 (en adelante “Ley Modelo CNUDMI”), la cual se complementó con una “Guía para la Incorporación al Derecho Interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza” (publicada por la CNUDMI a continuación de la Ley Modelo).

La Ley Modelo CNUDMI tiene por objeto ayudar a los Estados a dotar a su derecho de la insolvencia con una normativa adecuada para resolver con mayor eficacia los casos de insolvencia transfronteriza. Es decir, los casos en que el deudor tiene bienes en más de un Estado o en los que algunos de los acreedores del deudor son extranjeros en el Estado donde se ha abierto el procedimiento de insolvencia.

En el capítulo IV, titulado “Cooperación con tribunales y representantes extranjeros” (arts. 25 a 27), la Ley Modelo CNUDMI prevé expresamente las comunicaciones directas internacionales entre Tribunales y administradores de la insolvencia de diferentes países. La guía de implementación indica que “...la cooperación transfronteriza es un elemento clave de la Ley Modelo. Su objetivo es permitir que los

6 Disponible en: <www.iiiglobal.org/international/protocols.html>.

tribunales y administradores de la insolvencia de dos o más países sean eficaces y optimicen sus resultados”.

Más tarde, la CNUDMI desarrolló la “Guía de Practicas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza”, publicada en el año 2010⁷. Esta Guía está centrada en los acuerdos que pueden alcanzar las dos jurisdicciones involucradas en el caso de insolvencia transfronteriza. En su capítulo I, punto 5 (par. 20) se desarrolla el tema de las “Pautas aplicables a las Comunicaciones entre Tribunales en casos Transfronterizos”.

Recientemente, la CNUDMI desarrolló otro instrumento vinculado a la interpretación de la Ley Modelo, esta vez procurando abordar temas interpretativos que habían sido señalados por los jueces. Este instrumento desarrollado por jueces y expertos en insolvencia fue publicado en marzo de 2012 y se titula “Perspectiva Judicial a la Ley Modelo sobre Insolvencia transfronteriza”⁸. Este instrumento también trató la cuestión de las comunicaciones directas. En el párrafo 156 dice: “Los artículos 25 y 26 no sólo autorizan la cooperación transfronteriza sino que la imponen al disponer que el tribunal y el administrador de la insolvencia deberán “cooperar en la medida de lo posible”. Estos artículos tienen por objetivo remediar la frecuente ausencia de disposiciones en el derecho interno que sirvan de base jurídica para la cooperación entre los tribunales locales y los tribunales extranjeros en asuntos de insolvencia transfronteriza”.

A fin de darle mayor transparencia a las comunicaciones entre tribunales en esta materia. El *American Law Institute* (ALI - Instituto de Derecho Americano) aprobó en el año 2001 las “Pautas aplicables a las comunicaciones de Tribunal-a-Tribunal en Casos Transfronterizos” (en adelante las “Pautas”). Dichas Pautas fueron aprobadas y publicadas por el *International Insolvency Institute*⁹ (Instituto de Insolvencia Internacional), en la reunión anual de sus miembros del año 2001. Aunque fueran desarrolladas inicialmente en el contexto de un proyecto dirigido a la cooperación entre los tribunales de quiebras en los países del TLC (Canadá, Estados Unidos y México), su aceptación por parte del ILA, cuyos miembros provienen de 40 países, demuestra que la relevancia de los Pautas se extiende mucho más allá del ámbito del TLC, y no existe razón para suponer que las mismas deban limitarse a los casos de insolvencia, pues podrían ser útiles para cualquier situación que se necesiten normas equilibradas para desarrollar comunicaciones directas entre tribunales de distintos países vinculados con la misma causa.

Las Pautas tienen como fin permitir la cooperación rápida en el caso de insolvencia transnacional y aseguran que todos las partes afectadas reciban las debidas garantías procesales (eg. derecho a participación

7 <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_spanish.pdf>

8 <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/insolven/Judicial_Perspective_Ebook_spanish.pdf>

9 <<http://www.iiiglobal.org/international/guidelines.html>>

de las partes, notificación anticipada, grabación de las comunicaciones e incorporación al expediente, y coordinación de horarios para su realización). Es importante señalar que las Pautas exigen el cumplimiento de todas las leyes domésticas aplicables en las jurisdicciones involucradas, y que las mismas no alteran o afectan los derechos sustantivos de las partes o dan ventaja a una parte sobre otras (Pauta N°1).

Desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, revisten especial interés las Pautas 10 y 11 que establecen una suerte de reconocimiento prácticamente automático del derecho y las decisiones extranjeras (salvo objeción debidamente fundada), y también resulta novedoso e interesante el sistema simplificado de notificaciones internacionales establecido en las Pautas 12 y 13 que permiten prescindir del engorroso trámite del exhorto internacional.

ii) CJD en el marco de la Red Internacional de Jueces de La Haya

En el área de la sustracción internacional de niños, las CJD se han desarrollado en los últimos quince años de la mano de la Red Internacional de Jueces de La Haya, a la cual ya hiciéramos referencia más arriba cuando habláramos de las Redes de cooperación.

Debemos reconocer que la práctica de las comunicaciones entre Tribunales se encuentra arraigada en los jueces del *Common Law* y han sido ellos los pioneros dentro de la Red de Jueces de La Haya. Poco a poco, los jueces de tradición civilista animados por las experiencias de sus colegas del *Common Law* comenzaron también a intervenir en CJD.

Las CJD en el marco de la Red de Jueces de La Haya tienen básicamente dos funciones: la primera función es de carácter general (i.e. no relativa a un caso específico) y consiste en compartir información general de la Red Internacional de Jueces de La Haya o de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado con sus colegas de jurisdicción y vice versa. Puede consistir también en la provisión de información general sobre la interpretación y funcionamiento de instrumentos internacionales (eg. cerciorarse de la aplicación / interpretación del derecho extranjero aplicable al caso). La segunda función de comunicación consiste en comunicaciones judiciales directas entre dos jueces competentes en casos específicos y vinculados entre sí, siendo el objetivo de estas comunicaciones paliar la falta de información que el o los jueces podrían requerir, por ejemplo, un juez podría estar entendiendo en un pedido de restitución en los términos del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional y le podrían surgir preguntas acerca del derecho de custodia o alegaciones de violencia doméstica que se ventilan o se ventilan en el otro país. También podría estar interesado en coordinar medidas de protección para asegurar el regreso seguro del niño y el presunto sustractor/a-

o para coordinar aspectos logísticos que pueden ser necesarios para coordinar el traslado de un niño de un país a otro.

Al igual que en el área de la insolvencia transfronteriza, en el área de la sustracción internacional de niños podemos afirmar que se ha pasado de una práctica informal, sin regulación alguna, a una incipiente regulación. En efecto, las prácticas desarrolladas en este campo dieron más tarde origen a una serie de lineamientos sobre CJD que tienen por objeto asegurar los derechos de las partes y generar confianza entre los jueces intervinientes. Estos lineamientos fueron desarrollados en el marco del trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y de la Red Internacional de Jueces de La Haya.

Luego de varios años de reflexión y negociación entre los Jueces de la Red se logró consensuar el texto de los “Lineamientos emergentes y Principios generales sobre Comunicaciones Judiciales” que fueron finalmente adoptados por la Conferencia de La Haya -Conclusión Nro. 68 Comisión Especial de 2011, sobre el Convenio de 1980 sobre sustracción de niños- (en adelante los “Lineamientos de La Haya”). Este documento, además de fijar pautas para el desarrollo de la Red de Jueces, establece los principios, salvaguardias y mecanismos que se deben tener en cuenta a la hora de realizar CJD.

Existen muchas similitudes entre los citados Lineamientos de La Haya y las Pautas de la ALI. Ambos instrumentos reflejan principios de justicia natural y no pretenden alterar la normativa procesal aplicable en las jurisdicciones involucradas (i.e. los jueces deben cumplir con su respectiva normativa y deben mantener su independencia para decidir en sus respectivos casos).

Las salvaguardias establecidas en ambos instrumentos también guardan similitud. Ambos instrumentos realzan especialmente la importancia de notificar a las partes, darle la oportunidad de participar de la comunicación, registrar la comunicación y dar cuenta de la misma en el o los expedientes.

En el área de la protección internacional de niños ya se identifican otros instrumentos que prevén, directa o indirectamente, las comunicaciones judiciales directas entre autoridades judiciales¹⁰.

Por su parte, la Jurisprudencia en materia de sustracción internacional de niños, recopilada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en la base INCADAT (www.incadat.com) da cuenta en una considerable cantidad de casos donde se utilizaron las CJD¹¹.

10 Entre otros el Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños; el Reglamento europeo 2201-03 (Bruselas II bis); La Ley Modelo Interamericana para los Convenios de Sustracción de Niños de 2007; La *UCCJEA Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act*; La Ley Holandesa de Implementación de la Protección Internacional de Niños; y la Ley Uruguayana para la aplicación de los Convenios de sustracción de niños (18.895).

11 Entre otros: Canadá: Y.D. v. J.B., [1996] R.D.F. 753 (Que.C.A.), [INCADAT cite: HC/E/CA/

A mediados de julio de 2013, la Red Internacional de Jueces de La Haya celebró su primera reunión global. El uso de las CJD y la cuestión de los fundamentos jurídicos para su utilización fueron analizados y discutidos en profundidad.

En relación con el uso de las CJD se puede confirmar que se ha venido incrementado progresivamente de la mano del desarrollo de la propia Red, y específicamente en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Niños. Sin embargo, a la luz de la información recabada de los jueces de la Red, consideramos que las CJD todavía son subutilizadas. Es decir existen numerosos casos de protección internacional de niños donde las CJD facilitarían la resolución del caso pero éstas no se utilizan, sino que se sigue recurriendo a otros medios más lentos y engorrosos como el exhorto internacional, o simplemente se resuelve prescindiendo de valiosa información que podría ser recabada rápidamente a través de las CJD.

Cabe aclarar que no estamos proponiendo que las CJD en líneas generales reemplacen a los exhortos internacionales, sino que creemos existe un cierto número de pedidos de cooperación judicial internacional que podrían desahogarse, o al menos adelantarse, a través de CJD ahorrando tiempo y ganando eficiencia en el trámite y consecuente resolución del caso.

Por otro lado, en relación con los fundamentos jurídicos para la utilización de las CJD, también ha sido motivo de preocupación de algunos jueces, que si bien conocían su existencia, no se sentían cómodos en utilizarlas porque su normativa procesal no las contemplaba en específico. Sin embargo, en las investigaciones realizadas por la Conferencia de La Haya entre los Miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya (RIJLH) se identificaron una gran cantidad de fundamentos jurídicos no legislativos para el uso de las CJD (e.g., la tradición del *Common Law*, el orden jurídico constitucional, el consentimiento de las partes, lineamientos emanados de Consejos judiciales o Cortes Supremas, fundamentos implícitos dentro de los Convenios de La Haya sobre Protección de Niños, el hecho de que no exista prohibición para su uso, etc.), y prácticamente no se han detectado rechazos a las CJD en la jurisprudencia de los países representados en la RIJLH.

Otro aspecto interesante a ser destacado de las conclusiones de la reciente reunión de la RIJLH, tiene que ver con el ámbito de aplicación de la Red y por ende de las CJD. Se concluyó que el ámbito de actuación

369]; *Hoole v. Hoole*, 2008 BCSC 1248, [INCADAT cite: HC/E/CA/ 991]; *Adkins v. Adkins*, 2009 BCSC 337, [INCADAT cite: HC/E/CA/1108]; *United Kingdom - England & Wales Re M. and J. (Abduction) (International Judicial Collaboration) [1999] 3 FCR 721*, [INCADAT cite: HC/E/UKe 266]; *Re A. (Custody Decision after Maltese Non-Return Order) [2006] EWHC 3397, [2007] 1 FLR 1923*; [INCADAT cite: HC/E/UKe 883]; *United States of America: Panazatou v. Pantazatos*, No. FA 960713571S (Conn. Super. Ct. Sept. 24, 1997) [INCADAT cite: HC/E/USs 97].

de la Red no se limitaba a los casos de sustracción internacional de niños, sino que era igualmente aplicable a cualquier caso en el que estuviera involucrado un niño (los jueces de la RIJLH se especializan en Derecho de Familia y Niñez). Esta ampliación permite suponer que el uso de las CJD seguirá aumentando, sumado al consabido aumento exponencial y sostenido de los conflictos familiares internacionales, producto de la incesante circulación de personas en el mundo.

A su vez, si consideramos que en la RIJLH convergen Jueces que son también Miembros de la Red Judicial Europea en materia Civil y Comercial y miembros de la IberRed (Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional), podemos imaginar que los “Lineamientos emergentes y Principios generales sobre Comunicaciones Judiciales” también se estarán aplicando en el marco de las CJD que se desarrollen en el marco de las citadas Redes. Inclusive, al igual que en el caso de las “Pautas sobre comunicaciones Judiciales del *American Law Institute*”, podemos afirmar que los Lineamientos podrían ser perfectamente aplicables a cualquier otro ámbito del derecho en el que fuera aconsejable realizar CJD.

En el ámbito del Derecho Internacional Privado, consideramos que las CJD presentan una excelente herramienta para que los jueces accedan al derecho extranjero y se informen sobre su interpretación. De hecho, ya se han detectado casos en la región donde esto ha ocurrido, como es el caso de filiación resuelto por un juez de Costa Rica aplicando derecho nicaragüense, al cual accedió y se informó a través de una CJD¹².

2.3. Videoconferencia y audiencias conjuntas

i) Videoconferencias

La videoconferencia es una herramienta que se viene incorporando paulatinamente a la práctica de la cooperación judicial internacional.

La misma se viene utilizando con mayor frecuencia en materia penal, tanto a nivel interno (eg. reclusos que declaran a través de videoconferencia en el propio penal) como a nivel internacional. Valga como ejemplo de las últimas, dada su repercusión, la declaración que hiciera por videoconferencia la Presidenta Argentina Cristina Fernández de Kirchner, en el mes de noviembre de 2012 -a través de la cual declarara como testigo en un juicio por difamación seguido contra una periodista italiana ante el Tribunal Ordinario de Roma de la VI Sección Penal, presidido por la jueza Elena Scozzarella.

¹² Caso Costa Rica-Nicaragua, prueba del derecho extranjero (Sentencia 1045-2011, de fecha 27/6/11, dictada en el caso “Investigación de Paternidad F.C.M.M., en representación de G.A.M. vs. A.J.C.C.”, por el Juez Mauricio Chacón Jimenez, a cargo del Juzgado de Primera Instancia de Heredia)

Fuera del ámbito penal, también se detecta un uso progresivo en el área de la sustracción internacional de niños y se reconoce también su uso en otras cuestiones civiles y comerciales. De hecho, en la actualidad se reconocen varios instrumentos internacionales que permiten y facilitan el uso de la videoconferencia en materia civil y comercial.

A nivel global, el Convenio de La Haya de 1970 sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero es considerado un instrumento apto para el uso de las videoconferencias. Ello surge tanto de la Conclusión N°4 de la Comisión Especial de 2003 que evaluara el funcionamiento de este Convenio (conjuntamente con los Convenios de la Apostilla de 1961, y Notificaciones de 1965), estableciendo que si bien la aplicación de las nuevas tecnologías no había sido considerada al momento de la negociación de estos instrumentos, el espíritu y letra de dichos Convenios no constituía un obstáculo para su utilización, y sin lugar a dudas el funcionamiento de estos Convenios se vería optimizado sustancialmente mediante la aplicación de las nuevas tecnologías; como así también de la Conclusión N°55 -referida específicamente al Convenio de La Haya de 1970-, de la Comisión Especial de 2009 (que evaluara el funcionamiento de los Convenios de La Haya de la Apostilla de 1961, de Notificaciones de 1965, de Obtención de Pruebas de 1970 y de Acceso a la Justicia de 1980)¹³.

A nivel regional la Unión Europea cuenta con el Reglamento (CE) n°1206/2001, que prevé expresamente el uso de la videoconferencia para la obtención de pruebas en el extranjero (arts. 10 apartado 4 y 14 apartado 4), y además ha desarrollado la “Guía Práctica para la Aplicación del Reglamento Relativo a las Diligencias de Obtención de Pruebas”. Esa Guía incluye en su Capítulo V, un apartado especial D. titulado “Normas relativas a la aplicación de medios modernos de comunicación”, en el cual se promueve el uso de la videoconferencia como una forma de garantizar una obtención de pruebas rápida y eficaz en la Unión Europea.

También a nivel regional, es de destacar el trabajo de la Conferencia de Ministros de Justicia de Iberoamérica en esa materia (COMJIB), quien desarrollara y aprobara en el mes de diciembre de 2010 el “Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia”, y su respectivo Protocolo Adicional. El primero desarrolla una serie de pautas sencillas para la

13 la cual destacara especialmente que: “... (a) El Convenio les permite a las partes y a sus representantes asistir (art. 7), y no impide a los miembros del personal judicial de la autoridad requirente a asistir (art. 8) mediante enlace de vídeo a la ejecución de la carta rogatoria por parte del Estado requerido, del mismo modo como si estas personas estuvieran presentes físicamente. (b) El Convenio permite que una carta rogatoria sea ejecutada mediante enlace de vídeo en caso de que el Estado requerido permita la obtención de pruebas mediante este medio (art. 9(1)). (c) Puede utilizarse un enlace de vídeo para facilitar la ejecución de una carta rogatoria de conformidad con el artículo 9(2)...”

realización de videoconferencias y el segundo aborda específicamente la cuestión de los costos, régimen lingüístico y remisión de solicitudes para las videoconferencias (al momento de redacción de este trabajo estos instrumentos no se encontraban aún en vigor atento no haber llegado al número necesario de ratificaciones o adhesiones establecido en su propio texto (5)¹⁴.

Finalmente, a nivel nacional, también podemos identificar reglamentaciones que promueven el uso de la videoconferencia, como es el caso de la Acordada 20/13 dictada el 2 de julio de 2013 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Consideramos loable este tipo de reglamentación proveniente del máximo tribunal de un país, el cual además de poner a disposición de los jueces los medios tecnológicos necesarios para su realización, genera confianza y fomenta su uso entre los jueces, quienes a sabiendas de que es la máxima autoridad judicial la que promueve su uso seguramente tendrán menos reparos para ponerlos en práctica.

Naturalmente, en los dos campos señalados como pioneros en el uso de las CJD, es decir el campo de la insolvencia transfronteriza y la sustracción internacional de niños, ya se utiliza la videoconferencia con cierta frecuencia y se promueve su uso enfáticamente. Esto último se ve reflejado en el texto de la Guía de Prácticas de la CNUDMI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza (párrafos 6 y 147), y en las conclusiones de la reciente reunión de la Red Internacional de Jueces de La Haya (N° 28 y 29).

ii) Audiencias conjuntas

Estrechamente ligado al uso de la videoconferencia para la obtención de pruebas en el extranjero, se encuentra la realización de audiencias conjuntas entre dos Tribunales de países distintos. Estas audiencias se realizan en simultáneo con la participación de las autoridades judiciales de las dos jurisdicciones que deben resolver dos causas estrechamente ligadas. Es decir, se trata de una combinación de las CJD y el uso de la videoconferencia. Por ello, no sorprenderá que la información que proporcionaremos a continuación provenga también de los campos de la insolvencia transfronteriza y la sustracción internacional de niños.

En el campo de la insolvencia transfronteriza “Perspectiva Judicial a la Ley Modelo sobre Insolvencia transfronteriza”, en los párrafos 163 y 164, se cita un caso resuelto en el año 2001¹⁵ en el cual se desarrolló

¹⁴ Al momento de redacción de este trabajo estos instrumentos no se encontraban aún en vigor atento no haber llegado al número necesario de ratificaciones o adhesiones establecido en su propio texto (5).

¹⁵ In re PSI Net Inc., Ontario Superior Court of Justice, Toronto, caso núm. 01-CL-4155 (10 de julio de 2001) and the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York,

una audiencia por videoconferencia en la que intervinieron jueces de los Estados Unidos de América y el Canadá y representantes de todas las partes en cada jurisdicción. En los citados párrafos se indica, entre otras cosas que: “Desde el punto de vista del procedimiento, la audiencia se celebró simultáneamente. Cada juez oyó los argumentos sobre las cuestiones sustantivas que se le habían sometido antes de decidir cuál era la solución adecuada. Las partes y el juez en una jurisdicción vieron y oyeron la exposición de los argumentos sustantivos en la otra jurisdicción, pero no intervinieron activamente en esa parte de la audiencia. Al concluir la presentación de los argumentos sustantivos ante cada tribunal (con el consentimiento de las partes), los dos jueces suspendieron la audiencia para hablar en privado (por teléfono), después de lo cual se reanudó la audiencia conjunta y cada juez dictó las órdenes del caso en los respectivos procedimientos”. La guía también indica en el párrafo 165 que: “Las opiniones de quienes participaron en esa audiencia indican que los beneficios obtenidos por los acreedores mejoraron considerablemente gracias a que cada tribunal dispuso de mayor información sobre lo que sucedía en la otra jurisdicción y podía intentar positivamente coordinar los procedimientos de la forma que mejor sirviera a los intereses de los acreedores”.

La “Guía de Prácticas de la CNUMDI sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza”, desarrolla específicamente las “Audiencias conjuntas o coordinadas” en los párrafos 154 a 159. El párrafo 154 dice: “Un medio para facilitar la coordinación de dos o más procedimientos consiste en celebrar vistas o conferencias conjuntas o coordinadas, siempre que proceda, para resolver toda cuestión conflictiva que surja. Esas audiencias o conferencias conjuntas tienen la ventaja de habilitar a los tribunales para intervenir directa y oportunamente en la solución de toda cuestión conflictiva y compleja que vaya surgiendo en dos o más procedimientos que se estén siguiendo, y dan asimismo a las partes interesadas en cada procedimiento la oportunidad de efectuar consultas, facultándolas para pedir respuestas o aclaraciones en el otro foro”.

Por su parte, las Pautas ALI también prevén expresamente la situación de audiencia conjunta (simultánea) entre los dos Tribunales, estableciendo pautas y salvaguardias específicas para su desarrollo (Pauta N°9).

En el campo de la sustracción internacional de niños, también se identifican casos de audiencias conjuntas.

A modo de ejemplo podemos citar el caso *Hoole v. Hoole* decidido por la Corte Suprema de British Columbia, Canadá¹⁶. En el citado caso un niño de 4 años estaba siendo retenido por su madre en Oregón, Estados Unidos, fuera de su residencia habitual que era British Columbia, Canadá (ambos padres habían compartido la custodia hasta ese entonces).

caso núm. 01-13213 (Bankr. S.D.N.Y. 10 de julio de 2001)

16 *Hoole v. Hoole*, 2008 BCSC 1248, relevado en la base INCADAT con el número: HC/E/CA 991(www.incadat.com)

La madre al llegar a Oregón solicitó y obtuvo la custodia provisional del niño, ante un Tribunal de Oregón. Por su parte el padre obtuvo la custodia interina del niño ante un Tribunal de British Columbia. El padre no solicitó la restitución del niño en el marco del Convenio de La Haya de 1980, sino que presentó una moción de comunicación judicial directa ante el Tribunal de Oregón. A raíz de esta petición se desarrolló una audiencia conjunta entre los dos Tribunales. En la audiencia se estableció que la jurisdicción competente para decidir la cuestión de la custodia era British Columbia, y se acordó la restitución voluntaria del niño a su residencia habitual así como la custodia provisoria del niño.

Resulta interesante señalar que la comunicación judicial directa no interfirió con la independencia de cada uno de los jueces. Ayudó a ambos a tener mayor información (eg. sobre la residencia habitual y el derecho de custodia en el país extranjero) para tomar decisiones informadas, respetando cada uno de ellos sus normas aplicables.

Consideramos que las audiencias conjuntas tienen un enorme potencial en casos transfronterizos vinculados simultáneamente con dos jurisdicciones en cualquier área del derecho.

2.4. Documentos electrónicos: legalizaciones (“Apostilla” electrónica), exhortos y notificaciones internacionales

El mundo digital ha llegado a la cooperación jurídica internacional para quedarse. Actualmente son numerosos los países que utilizan documentos electrónicos dentro del tráfico jurídico diario, en algunos casos estos documentos surten sus efectos en el extranjero e impactan, a nuestro entender favorablemente, brindando mayor rapidez y eficiencia en diversas situaciones de cooperación jurídica internacional.

i) Legalización de documentos públicos (Apostilla Electrónica y Registro Electrónico de Apostillas)

Millones y millones de documentos públicos circulan anualmente entre los distintos países del planeta. El reconocimiento de documentos públicos en el extranjero es una de las acciones de la cooperación jurídica internacional. En este campo opera el Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961, Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros (“Convenio de la Apostilla”). Sin lugar a dudas uno de los convenios internacionales más exitosos en materia de cooperación jurídica internacional, actualmente en vigor en 105 países del mundo.

Este viejo Convenio adoptado en 1961 también es neutral a las nuevas tecnologías, y desde hace algunos años se ha abierto al medio digital. Este proceso comenzó con el mandato que recibiera la Oficina

Permanente de la Conferencia de La Haya en el año 2003, en el cual los Estados parte del Convenio recomendaron que: “...los Estados partes así como la Oficina Permanente trabajen en el desarrollo de técnicas para generar apostillas electrónicas teniendo presentes, entre otras, las leyes modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico y firma digital, ambas fundadas en los principios de no discriminación y de equivalencia funcional” (Conclusión & Recomendación de la Comisión Especial de 2003, N°24).

Este proceso comenzó en el año 2006, cuando la Conferencia de La Haya y la Asociación de Notarios Norteamericanos lanzan el Programa de Apostilla Electrónica (e-APP). Este programa tiene dos componentes (independientes uno del otro): *i*) la emisión de apostillas en forma electrónica, que básicamente se trata de legalizar documentos electrónicos a través de un software que genera apostillas electrónicas que son firmadas digitalmente; y el *ii*) registro electrónico de Apostillas, que es un software que permite registrar cada apostilla que se emite (obligación impuesta por el propio convenio para apostillas emitidas en medio papel o electrónico) en una base de datos que puede ser luego consultada a través de Internet por usuarios o instituciones interesadas en cualquier momento y lugar donde se encuentren.

Los dos componentes descriptos benefician y optimizan considerablemente la cooperación jurídica internacional en este campo, pues sabemos que los documentos digitales son sustancialmente más seguros (menos vulnerables a las falsificaciones) que los documentos en medio papel firmados en forma holográfica, y además permiten un rápido y eficaz control en caso de dudas, al tener acceso en línea a los registros electrónicos de los países que ya cuentan con ellos (algo que en registros papel resulta muy engorroso de realizar y por ende es prácticamente inutilizado).

La implementación de este programa es progresiva, al momento de escribir este trabajo las siguientes jurisdicciones cuentan con un Registro electrónico de apostillas operativo: Andorra, Bélgica, Bulgaria, Colombia, Costa Rica, España, Estados Unidos (California, Carolina del Norte, Colorado, Kansas, Rhode Island, Texas, Virginia Occidental y Washington); Federación Rusa, Georgia, México, Nueva Zelanda, Perú, República Dominicana, y República de Moldavia; A su vez, las siguientes jurisdicciones están emitiendo apostillas electrónicas: Colombia, España, Estados Unidos (Kansas) y Nueva Zelanda.

Varios países de América Latina se encuentran actualmente trabajando para implementar alguno o ambos componentes del Programa de Apostilla Electrónica, por lo que es de esperar que en el futuro cercano, aumente considerablemente el volumen de apostillas electrónicas en esta región.

ii) Exhorto electrónico y notificaciones internacionales

La palabra exhorto o carta rogatoria generalmente se asocia a un trámite largo y engorroso que genera dilaciones extraordinarias en el expediente judicial. En muchos casos estos instrumentos circulan por la vía diplomática (Ministerios de Relaciones Exteriores, Embajadas y Consulados), viajando inclusive de un país a otro precisamente en una “valija diplomática”. Estos trámites se han simplificado en gran medida con la incorporación de las Autoridades Centrales (tal como se mencionara más arriba). Sin embargo, en la mayoría de esos casos los documentos todavía viajan en medio papel a través de servicios de correo ordinario. Esta vía, si bien resulta generalmente más rápida que la diplomática también imprime dilaciones considerables al trámite judicial.

El escenario planteado podría tornarse bastante más auspicioso si los documentos viajaran de un país a otro por “medio electrónico”, es decir apretando un botón en un país y recibándose dicho documento en cuestión de segundos en el otro. ¿Qué tan lejos estamos de que esto ocurra? Pensamos que bastante más cerca de lo que se cree.

En esta modernización de la cooperación jurídica internacional sin lugar a dudas la cooperación penal ha tomado la delantera y viene abriendo camino. En este campo, actualmente las Autoridades Centrales designadas para ciertos convenios están recibiendo con relativa frecuencia, exhortos electrónicos que se adelantan en medio electrónico (generalmente por correo electrónico, y en algunos casos a través de sistemas de comunicación segura –eg. “Groove” o “Iber@”). En estos casos generalmente las Autoridades Centrales están llevando adelante las diligencias en base al documento recibido en forma electrónica y para cuando llega el documento en soporte papel, la diligencia ya se ha realizado y por ende el documento papel se archiva. Es decir, en cierta medida el papel se está tornando obsoleto.

El ejemplo que consideramos nos está adelantando lo que va a venir, es el caso de exhortos electrónicos que está enviando Brasil en materia penal, los cuales cuentan con firma digital, y por ende ya ni siquiera requieren el envío posterior de un documento en soporte papel.

La cooperación en materia civil y comercial parece avanzar más lento, sin embargo, consideramos que las condiciones están dadas para incorporar los documentos electrónicos y ya se identifican numerosas señales de que la modernización alcanzará pronto también estas materias.

Cabe mencionar como ejemplo el caso de las solicitudes de restitución internacional de niños, las cuales están siendo adelantadas a través de correo electrónico, para que se dé comienzo al trámite en forma inmediata (eg. iniciar la localización de los niños, solicitar una medida cautelar o intentar el retorno voluntario).

Al tratar el tema de la videoconferencia, ya hicimos referencia a

la Conclusión N°4 de la Comisión Especial de 2003 -que evaluara el funcionamiento de los Convenios de La Haya sobre la “Apostilla” de 1961, Notificaciones de 1965 y Obtención de Pruebas de 1970-, estableciendo que si bien la aplicación de las nuevas tecnologías no había sido considerada al momento de la negociación de estos instrumentos, el espíritu y letra de dichos Convenios no constituía un obstáculo para su utilización, y sin lugar a dudas el funcionamiento de estos Convenios se vería optimizado sustancialmente mediante la aplicación de las nuevas tecnologías. En definitiva, hay consenso a nivel internacional de que no existe impedimento jurídico para que los exhortos que se canalizan a través de los Convenios de La Haya viajen por medio electrónico.

Es importante distinguir la diferencia entre transmisión de los exhortos por medios electrónicos de un país a otro, como sería por ejemplo mediante la aplicación de los Convenios de La Haya de Notificaciones de 1965 u Obtención de Pruebas de 1970, algo que a nuestro entender no debería presentar objeciones jurídicas y podría ser implementado rápidamente, a la notificación electrónica de documentos en el extranjero. La forma de realizar las notificaciones en cada país es algo que se encuentra excluida de los convenios de cooperación jurídica internacional (que solo se ocupan de la transmisión de los documentos), y que queda sujeto a la normativa interna de cada país. En otras palabras, si en el país requerido estuvieran permitidas las notificaciones electrónicas, no habría impedimento para que el pedido de notificación internacional se ejecutara por medios electrónicos, mientras que si este tipo de notificaciones no fueran permitidas, el país requirente no podría exigir esta forma de notificación en el país requerido.

Considerando que muchos países ya cuentan con expedientes electrónicos y aceptan notificaciones electrónicas, podemos imaginar que en un futuro las notificaciones electrónicas internacionales pasarán a ser parte de la práctica diaria. Pero creemos firmemente, que en la actualidad, estamos en condiciones de pasar rápidamente a la transmisión de solicitudes de cooperación jurídica internacional a través de medios electrónicos, especialmente a través de los canales que ya nos ofrecen diversos convenios internacionales en la materia.

CONCLUSIÓN

La cooperación jurídica internacional ha adquirido considerable relevancia en los últimos tiempos, seguramente debido al exponencial aumento de la circulación de bienes y personas en el mundo, lo que trae aparejado un sustancial aumento de conflictos jurídicos con elementos internacionales. Ello ha motivado progresos muy significativos en la última década en esta materia. Sin embargo, a pesar de los progresos señalados, pensamos que en términos generales, la cooperación jurídica

internacional todavía sufre considerables demoras, y gran parte de los operadores jurídicos desconoce, o tiene un conocimiento muy limitado, de las herramientas que hoy se encuentran disponibles en esta materia.

Frente al escenario descrito, consideramos que para lograr que la cooperación jurídica internacional sea lo rápida y efectiva que demandan las dinámicas del siglo XXI, se necesita incorporar, difundir y utilizar en la mayor medida posible los nuevos desarrollos descritos en este artículo. En este sentido, somos optimistas, pues identificamos señales muy auspiciosas de actores claves que están empujando a la cooperación jurídica internacional hacia las nuevas tecnologías en forma contundente, y que seguramente serán agentes del cambio jurídico-cultural que se necesita.

Dentro de los actores clave aludimos en el párrafo anterior podemos nombrar entre otros: *i)* a la Unión Europea, que por ser un espacio altamente integrado jurídica y políticamente, que permite ensayar soluciones que más tarde son incorporadas en el ámbito global y/o en otras regiones (como sus Redes de Cooperación y moderna normativa en materia de cooperación jurídica internacional); *ii)* La Cumbre Judicial CELAC-UE, que recientemente realizó la Declaración de Santiago -del 10 y 11 de enero de 2013-, resultando de particular relevancia el punto 3. de la misma¹⁷, referido a la aplicación de nuevas tecnologías; *iii)* la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que continúa trabajando para optimizar el funcionamiento de sus Convenios de Cooperación Jurídica, y apoyando el desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya; *iv)* la Conferencia Iberoamericana de países, tanto en el ámbito de la Conferencia de Ministros de Justicia (COMJIB), la IberRed, y la Cumbre Judicial; y *v)* finalmente la CNUDMI, que en el campo de la insolvencia transfronteriza ha desarrollado numerosos trabajos que indican que la cooperación jurídica seguirá avanzando en la aplicación de nuevas tecnologías en este campo.

Para terminar, consideramos que para coadyuvar a que los nuevos desarrollos en la materia sean implementados ampliamente en las Américas, creemos que actualmente se debería procurar avanzar en dos sentidos, por un lado animar a los actores relevantes de la cooperación jurídica internacional (principalmente, jueces, autoridades centrales y abogados en la profesión) a que utilicen las nuevas tecnologías, a pesar de que no estén expresamente previstas en sus ordenamientos jurídicos, y por el otro lado, bregar para que en la mayor medida posible, se legisle, reglamente (eg. aprovechando reformas de ley con contenido procesal) y promuevan a través de sus autoridades judiciales (eg. acordadas

¹⁷ “3. Promover que las autoridades competentes reconozcan la comunicación electrónica en el trabajo jurisdiccional, así como en la transmisión y recepción de solicitudes de asistencia judicial internacional de carácter urgente, e impulsar la utilización de mecanismos tecnológicos para la simplificación y celeridad de sus actuaciones, sin perjuicio de adoptar las medidas necesarias para dar seguridad y fe respecto de ellas”.

o instructivos de Supremas Cortes) el uso e incorporación de estos nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional, de manera de ayudar a difundir estos desarrollos y darle a su vez mayor respaldo a los actores para que los utilicen en todas las situaciones que resulten apropiadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MC CLELLAND, Robert and KEYES, Mary. "International civil legal co-operation". *Commonwealth Law Bulletin*. 2011, vol 37, n° 4, p. 661-669.

NACIONES UNIDAS. *Convención de las Naciones Unidas sobre obtención de alimentos en el extranjero de 1956*.

DIÁLOGO DE FUENTES: LAS NORMAS REGIONALES DEL MERCOSUR Y LAS NUEVAS DISPOSICIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

DIÁLOGO DE FONTES: AS NORMAS REGIONAIS DO MERCOSUL E AS NOVAS DISPOSIÇÕES DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

*Luciana Beatriz Scotti**

Resumen: *El presente trabajo tiene por finalidad abordar las principales disposiciones de Derecho Internacional Privado argentino que han tenido por fuente o inspiración normas adoptadas en el seno del MERCOSUR.*

En efecto, el nuevo Código Civil y Comercial que ha aprobado la República Argentina, vigente desde el 1 de agosto de 2015, contiene reglas sobre cooperación jurídica internacional, matrimonio y uniones convivenciales, contratos en general, contratos de consumo en particular, responsabilidad civil, entre otros temas, que son fiel reflejo de normas regionales. Asimismo, en este artículo procuraremos señalar la jerarquía, interrelación y diálogo entre ambas fuentes: las disposiciones regionales y las reglas mercosureñas.

Resumo: *O presente trabalho tem por finalidade abordar as principais disposições do Direito Internacional Privado argentino que tiveram como fonte ou inspiração as normas adotadas no seio do MERCOSUL.*

De fato, o novo Código Civil e Comercial que foi aprovado pela República Argentina, vigente desde 1º de agosto de 2015, contempla regras sobre cooperação jurídica internacional, matrimônio e união estável, contratos em geral, contratos de consumo em particular, responsabilidade civil, entre outros temas, que são um reflexo fiel das normas regionais. Ademais, neste artigo procuraremos destacar a hierarquia, inter-relação e diálogo entre ambas as fontes: as disposições regionais e as regras mercosulinas.

* Abogada (2002). Magister en Relaciones Internacionales (2006) y Doctora por la Universidad de Buenos Aires (2010) con tesis sobresaliente, recomendada al Premio "Facultad" (Área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado, 2015 (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Directora e integrante de Proyectos de Investigación DECyT y UBACyT. E-mail: lucianascotti@derecho.uba.ar

Palabras clave: Derecho Internacional Privado, Código Civil y Comercial de la Nación, MERCOSUR, Diálogo de fuentes

Palavras-chave: Direito Internacional Privado, Código Civil e Comercial da Nação, MERCOSUL, Diálogo de fontes

1. INTRODUCCIÓN

En el elenco de las disciplinas jurídicas, el Derecho Internacional Privado tiene por objeto analizar, estudiar y brindar soluciones a aquellas relaciones jurídicas en las que se presentan elementos extranjeros, internacionales, extraños al derecho local y que involucran al menos a un interés privado.

Cuando estas relaciones se desarrollan en un espacio integrado, nos encontramos ante uno de los ámbitos espaciales de acción del Derecho Internacional Privado. He aquí el valor de esta rama del derecho para regular un sinnúmero de relaciones jurídicas entre particulares que se crean, desenvuelven y extinguen en el contexto de un proceso de integración regional, como es el caso del MERCOSUR, que, por otra parte, dado sus propios objetivos, intensifica, promueve, propicia, estimula el intercambio comercial y el desplazamiento de las personas humanas y jurídicas que actúan en los Estados Miembros del bloque.

En suma, “la integración requiere para concretarse de una estructura jurídica que incluya entre otras ramas, al Derecho Internacional Privado”¹.

El Tratado de Asunción de 1991, por el que se constituye el MERCOSUR, entre sus objetivos, enuncia el “compromiso de los Estados Partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración” (artículo 1°).

Nos encontramos con una norma de derecho constitutivo que pone en cabeza de los Estados Partes originarios: Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, la obligación de armonizar sus legislaciones en determinados sectores, áreas jurídicas que se consideren pertinentes en tanto y en cuanto ello resulte necesario para la consolidación del mercado común.

Poco tiempo después de la suscripción del Tratado de Asunción, el Ministerio de Justicia de la República Argentina propició ante el Poder Ejecutivo la incorporación a su estructura orgánica de una Dirección específicamente destinada al cumplimiento de tales cometidos en el ámbito del MERCOSUR.

Así fue como por Decreto 1570/91 (B.O. 27 de septiembre de 1991), el Ministerio incorporó a su estructura, la Dirección de Derecho

1 DREYZIN de KLOR, Adriana y URIONDO de MARTINOLI, Amalia. “Implicancia de la integración en el Derecho Internacional Privado”. *La Ley* 1994-E, 1116.

Comunitario, con la finalidad de:

estudiar y elaborar proyectos y modificaciones del ordenamiento normativo, tendiente a la compatibilización o unificación de nuestro derecho, con el de los Estados integrantes del Acuerdo MERCOSUR, en cuanto a la circulación de personas, bienes, servicio, capitales y tecnología.

Por Decreto 2358/93 (B.O. 23 de noviembre de 1993), se la sustituyo por la Dirección de Derecho de la Integración, ampliando su ámbito de actuación y competencia, siéndole asignada la responsabilidad primaria de:

Asistir al Secretario de Justicia en el estudio y elaboración de anteproyectos y proyectos normativos para la compatibilización o integración de nuestro derecho con el de los Estados ratificantes del Acuerdo MERCOSUR, dentro del marco de todos los acuerdos de integración en los que Argentina sea parte.

A su turno, nuestro Ministerio de Justicia decidió convocar a sus pares de los Estados miembros a una reunión de trabajo, que se celebró entre el 23 y el 25 de octubre de 1991. En dicha oportunidad, los representantes de los ministerios de justicia concluyeron que el mecanismo idóneo para el cumplimiento de las incumbencias propias en el ámbito del MERCOSUR era el de que sus Ministros debían celebrar encuentros periódicos con el objeto de lograr la armonización del Derecho, e impulsar la cooperación jurídica como instrumentos para la mejor realización de la justicia en el área. Asimismo, se acordó la conveniencia de la constitución de una Comisión Técnica para establecer un régimen permanente de trabajo entre los distintos Ministerios competentes para asegurar la continuidad de los objetivos previstos en el Tratado de Asunción.

Finalmente, por Decisión N° 08/91 del Consejo del Mercado Común (CMC) se creó la Reunión de Ministros de Justicia, que tiene como finalidad proponer las medidas tendientes al desenvolvimiento de un marco común para la cooperación jurídica entre los Estados Partes. En consecuencia, en cada uno de los Estados se designaron representantes de los Ministerios de Justicia y de Relaciones Exteriores para integrarla.

La Reunión de Ministros de Justicia generalmente se reúne cada seis meses, siendo convocada por el Ministro del Estado que tiene la presidencia *pro tempore* del MERCOSUR y quien preside el semestre.

En este contexto, se fueron elaborando normas de Derecho Internacional Privado sobre algunos aspectos específicos. Así se optó por comenzar con áreas que no parecían ofrecer resistencias: la cooperación internacional y la jurisdicción internacional. De este modo, comenzó a

elaborarse la dimensión autónoma del Derecho Internacional Privado del MERCOSUR, integrada por Protocolos, entre los que cabe mencionar inicialmente el Protocolo de Las Leñas de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (1992), el de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual (1994), el de Ouro Preto de Medidas Cautelares (1994), el de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Tránsito (1996), el de Asistencia Jurídica mutua en Asuntos Penales (1996), todos ellos vigentes en los cuatro Estados Miembros, y el de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo (1996), no en vigor.

Tal como podemos apreciar, el instrumento elegido para ello fue, en un primer momento, el Protocolo. Es decir, acuerdos complementarios al Tratado de Asunción². Cuando se incorporaron a las negociaciones los dos primeros Estados Asociados, Bolivia y Chile, se implementó un nuevo instrumento: los acuerdos que, a diferencia de los Protocolos, no quedan sometidos automáticamente al sistema general de solución de controversias del MERCOSUR. A partir de entonces, se celebraron acuerdos homónimos o gemelos, uno para los Estados miembros plenos del MERCOSUR, y otro para el denominado MERCOSUR ampliado, “cuatro más uno”: MERCOSUR más Bolivia y/o Chile. Por ejemplo, el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, entre los Estados partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile (2002)³, el Acuerdo sobre Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (2001)⁴, el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (1998) y el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (1998), el Acuerdo sobre Extradición entre los Estados partes del MERCOSUR (1998) y el Acuerdo del mismo nombre entre los Estados partes del MERCOSUR y la República de Bolivia y la República de Chile (1998), el Acuerdo sobre el beneficio de litigar sin gastos y la asistencia jurídica gratuita entre los Estados partes del MERCOSUR (2000) y el Acuerdo del mismo nombre entre éstos y la República de Bolivia y la República de Chile (2000), el Acuerdo sobre Jurisdicción en materia de Contrato de Transporte Internacional de carga entre los Estados partes del MERCOSUR (2002) y el Acuerdo homónimo entre éstos y la República de Bolivia y la República de Chile (2002), entre otros.

Según podemos ver, varios Protocolos y Acuerdos han sido

² Todo Estado que adhiera al Tratado de Asunción, automáticamente acepta los Protocolos complementarios.

³ Es el Acuerdo gemelo al Protocolo de Las Leñas, de 1992.

⁴ Es el Acuerdo gemelo al Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, de 1996.

celebrados en el seno del MERCOSUR sobre cuestiones atinentes al Derecho Internacional Privado, y otros tantos proyectos y propuestas se han elaborado, que aún no han entrado en vigor. Entre estos últimos, destaca el Acuerdo entre los Estados Partes del MERCOSUR y Asociados sobre jurisdicción internacionalmente competente, ley aplicable y cooperación jurídica internacional en materia de matrimonio, relaciones personales entre los cónyuges, régimen matrimonial de bienes, divorcio, separación conyugal y unión no matrimonial (Decisión CMC N° 58/2012, no vigente).

Ahora bien, sin perjuicio de las relaciones de jerarquía y compatibilidad con otras normas convencionales o internas de los Estados miembros, es interesante analizar el reciente proceso legislativo que se da dado en el Derecho Argentino. Ha sido aprobado un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), en cuyo Libro Sexto, incluye un Título IV dedicado a las Disposiciones de Derecho Internacional Privado, donde podemos apreciar la inspiración e incidencia de muchas normas mercosureñas. De este aspecto, nos ocuparemos en esta oportunidad.

2. RELACIONES Y DIÁLOGO DE LAS FUENTES NACIONALES Y REGIONALES

Tal como enseña Erik Jayme en el *Curso General* que brindó en 1995 en la Academia de La Haya, la pluralidad de las fuentes, propia del derecho posmoderno, requiere la coordinación de las leyes en el interior del sistema jurídico. Ésta es una condición para la eficiencia y la justicia en una época marcada por la tendencia de legislarse sobre las más variadas materias, muchas veces convergentes, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional⁵.

Recordemos sus palabras:

Dès lors que l'on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d'un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l'homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s'excluent pas mutuellement; elles 'parlent' l'une à l'autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent⁶.

Efectivamente, Jayme denomina “diálogo de las fuentes” a la aplicación simultánea, coherente y coordinada de fuentes legislativas convergentes. En ese sentido, debe encaminarse, a nuestro modo de ver, la interpretación y aplicación

5 JAYME, Erik. “Identité culturelle et intégration: le droit privé postmoderne. Cours général de droit international privé”. *Recueil des cours*. 1995, tomo 251, p. 9 y ss.

6 *Ibid*, p. 251.

del nuevo artículo 2594 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

Dicha disposición, bajo el título “Normas aplicables” establece que:

Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.

Este precepto tiene por finalidad indicar las fuentes principales del Derecho Internacional Privado, dando cuenta además de su jerarquía. Los casos iusprivatistas internacionales se deben resolver de acuerdo, en primer lugar, por los tratados internacionales, y en su defecto por las normas (directas e indirectas) de fuente interna previstas principalmente en el propio Código Civil y Comercial.

La norma transcripta es muy similar al artículo 1° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, celebrada en Montevideo en 1979, en vigor en la República Argentina desde 1983⁷):

La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte. En defecto de norma internacional, los Estados parte aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno.

Si bien las normas de fondo derogadas no contemplaban ninguna disposición acerca de las fuentes del Derecho Internacional Privado, la primacía de los tratados respecto a las leyes ha sido afirmada desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, de 1992⁸ y principalmente, desde la

⁷ La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado vincula a la Argentina con Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

⁸ En este trascendente fallo la Corte cambió su doctrina efectuando un giro de ciento ochenta grados. En este pronunciamiento la Corte reconoció que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes. Para esto utilizó dos fundamentos: uno, de Derecho interno constitucional y otro, de Derecho internacional. En lo que concierne al primero de los fundamentos, sostuvo: “La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso, violenta la distribución de competencias impuesta por la misma (C.N.) porque mediante una ley se podría derogar el acto federal complejo de la celebración de un tratado... Constituiría un avance inconstitucional del Poder Legislativo... sobre atribuciones del Poder Ejecutivo... que es quien conduce exclusiva y excluyentemente las relaciones exteriores...”. Por otra parte, el fundamento de derecho internacional fue esgrimido para sustentar su cambio de doctrina con respecto a la jerarquía de los tratados en relación con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados según el cual ningún Estado podrá invocar su derecho interno para incumplir una

reforma de 1994 de la Constitución Nacional (CN).

En efecto, la reforma en el art. 75 inc. 22 CN, primera parte, consagró la superioridad de los tratados internacionales y de los concordatos celebrados con la Santa Sede frente a las leyes. Es decir que los tratados en general tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional puesto que deben respetar los principios de derecho público constitucional (art. 27 CN).

A su turno, este diálogo de fuentes se nutre en otros contextos de normas de alcance supranacional. Tal es el caso de los Estados que integran la Unión Europea, que deben contemplar en primer lugar la existencia de tales normas, que gozan de primacía respecto de los derechos estatales, y de aplicabilidad inmediata y efecto directo.

Sin embargo, el caso del MERCOSUR es muy diferente al de la Unión Europea, pues en nuestro bloque, en el mejor de los casos, las normas elaboradas en su seno son de origen convencional y cada Estado parte, de acuerdo a su Constitución Nacional y a su jurisprudencia, le reconocen un diverso alcance y jerarquía.

En efecto, en el MERCOSUR se presentan las ya célebres “asimetrías constitucionales”, de las que no nos ocuparemos en esta ocasión⁹.

Por otro lado, en tanto son normas de naturaleza convencional, en un país como Argentina que reconoce jerarquía supralegal a los tratados internacionales en general y a los tratados de integración, en particular, observamos a simple vista que es posible encontrarnos con normas de idéntica jerarquía en la misma materia, ratificada por los mismos Estados. En efecto, la República Argentina está vinculada por numerosos tratados de Derecho Internacional Privado: desde los célebres Tratados de Montevideo, de 1889 y 1940 (en esta segunda versión, recuérdese que vinculan a la Argentina con Paraguay y Uruguay), las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (las “CIDIP”), celebradas bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos (OEA), hasta las Convenciones de alcance universal, celebradas en el marco de Naciones Unidas, especialmente elaboradas en el seno de la Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, en sus siglas en inglés, CNUDMI, en español) y todos aquellos Convenios de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya.

Ante este panorama, hasta hace muy poco tiempo, la República Argentina tenía que colmar sus vacíos normativos de fuente interna, con las soluciones de cgr6fuente convencional, aun cuando no resultaran aplicables al caso en concreto. En muchas ocasiones fueron las normas mercosureñas que permitieron dar respuesta a tales casos.

norma internacional.

9 Puede ampliarse en esta misma *Revista* en: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana B. “Las asimetrías constitucionales: un problema siempre vigente en el MERCOSUR” [en línea]. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR*. 2013, año 1, n° 2, p. 271 – 311 [consulta: 10/02/2016]. Disponible en: <<http://www.revistatpr.com/index.php/rstpr/article/view/19>>

Sin embargo, desde el 1 de agosto de 2015, contamos con disposiciones específicas de Derecho Internacional Privado de índole nacional. Tal como señalamos, las podemos encontrar en el Título IV del Libro Sexto, distribuidas en tres capítulos¹⁰. Como estudiaremos a continuación, un porcentaje significativo de tales normas encontraron inspiración en reglas adoptadas en el MERCOSUR. Veamos.

3. ANTECEDENTES REGIONALES DE LAS NUEVAS DISPOSICIONES ARGENTINAS

Seguidamente analizaremos aquellas normas nacionales que encuentran sus antecedentes en disposiciones regionales¹¹. Para ello, seguiremos el orden en que tales reglas han sido dispuestas por el legislador argentino.

3.1. Cooperación

3.1.1. Medidas provisionales y cautelares

El artículo 2603 CCCN se dedica a las llamadas medidas provisionales y cautelares, disponiendo que los jueces argentinos son competentes para disponer medidas provisionales y cautelares bajo ciertas condiciones concretas:

- a)* cuando entienden en el proceso principal, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren en la República; *b)* a pedido de un juez extranjero competente o en casos de urgencia, cuando los bienes o las personas se encuentran o pueden encontrarse en el país, aunque

¹⁰ El Título IV, bajo el título “Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, inserto en el Libro Sexto sobre “Disposiciones Comunes a los Derechos Personales y Reales”, consta de 77 artículos ordenados en Capítulos.

El Capítulo I regula los problemas generales del DIPr referentes al derecho aplicable (arts. 2594 a 2600). El Capítulo II se dedica a reglas sobre jurisdicción internacional (arts. 2601 a 2612). El Capítulo III contiene la Parte Especial (arts. 2613 a 2671), la que está subdividida en quince Secciones, dedicadas a: Personas Humanas (Sección I, arts. 2613 a 2620); Matrimonio (Sección 2ª, arts. 2621 a 2626); Unión convivencial (Sección 3ª, arts. 2627 a 2628); Alimentos (Sección 4ª, arts. 2629 a 2630); Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida (Sección 5ª, arts. 2631 a 2634); Adopción (Sección 6ª, arts. 2635 a 2638); Responsabilidad parental e instituciones de protección (Sección 7ª, arts. 2639 a 2641); Restitución Internacional de niños (Sección 8ª, art. 2642); Sucesiones (Sección 9ª, arts. 2643 a 2648); Forma de los actos jurídicos (Sección 10ª, art. 2649); Contratos (Sección 11ª, arts. 2650 a 2653); Contratos de consumo (Sección 12ª, arts. 2654 a 2655); Responsabilidad Civil (Sección 13ª, arts. 2656 a 2657); Títulos valores (Sección 14ª, arts. 2658 a 2662); Derechos Reales (Sección 15ª, arts. 2663 a 2670); y Prescripción (Sección 16ª, art. 2671).

¹¹ Solo nos referiremos a materias incluidas en el título dedicado específicamente a las disposiciones de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, encontramos que el Capítulo 29 del Título IV (Contratos en particular) correspondiente al Libro Tercero (Derecho personales), que se refiere al llamado contrato de arbitraje encuentra algunas similitudes con las normas de los Acuerdos sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (1998).

carezcan de competencia internacional para entender en el proceso principal; c) cuando la sentencia dictada por un juez extranjero debe ser reconocida o ejecutada en la Argentina.

La norma concluye expresando que “el cumplimiento de una medida cautelar por el juez argentino no implica el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera, pronunciada en el juicio principal”.

No existen precedentes normativos de fuente interna en los códigos derogados que regulen la jurisdicción internacional en materia de medidas cautelares. Sin embargo, ya contábamos con normas de fuente convencional: la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares (CIDIP II, Montevideo, 1979, en vigor en Argentina desde 1983) y principalmente, el Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares entre los Estados Parte del MERCOSUR, de 1994, que tiene por objeto reglamentar, entre los Estados Partes del Tratado de Asunción, el cumplimiento de medidas cautelares destinadas a impedir la irreparabilidad de un daño en relación a personal, bienes u obligaciones de dar, hacer o no hacer (art. 1).

El artículo 2603 determina los casos en que un juez argentino tiene jurisdicción internacional para disponer una medida provisional o cautelar, con la finalidad de prevenir el daño derivado del retardo de una decisión jurisdiccional definitiva asegurando su eficacia, ya sea que se ordenen con carácter previo a un proceso o durante éste.

Puede advertirse que la última parte del artículo que analizamos es muy similar al art. 10 del Protocolo de Ouro Preto: “El cumplimiento de una medida cautelar por la autoridad jurisdiccional requerida no implicará el compromiso de reconocimiento o ejecución de la sentencia definitiva extranjera pronunciada en el proceso principal”.

3.1.2. Litispendencia internacional

El artículo 2604 CCCN se ocupa de la litispendencia:

Cuando una acción que tiene el mismo objeto y la misma causa se ha iniciado previamente y está pendiente entre las mismas partes en el extranjero, los jueces argentinos deben suspender el juicio en trámite en el país, si es previsible que la decisión extranjera puede ser objeto de reconocimiento.

El proceso suspendido puede continuar en la República si el juez extranjero declina su propia competencia o si el proceso extranjero se extingue sin que medie resolución sobre el fondo del asunto o, en el supuesto en que habiéndose dictado sentencia en el extranjero, ésta no es susceptible de reconocimiento en nuestro país.

Dado que cada país determina cuándo son competentes sus jueces, tanto de forma independiente, unilateral, como mediante convenciones internacionales, es muy probable que un mismo caso caiga en la competencia de jueces de diferentes Estados.

En efecto, Fernández Arroyo describe con claridad este panorama:

la existencia, entonces, de distintos criterios para otorgar jurisdicción, junto a la posibilidad de que más de un juez sea competente respecto del mismo caso, constituyen las razones fundamentales del carácter especialmente problemático que suele revestir la determinación de la jurisdicción en los casos de DIPr. Así, el mismo caso o casos muy estrechamente vinculados entre sí pueden ser iniciados ante los tribunales de diferentes Estados, dando lugar a los problemas de litispendencia y conexidad internacionales, respectivamente, lo que implica averiguar qué trascendencia se da en cada Estado a la demanda presentada en la otra¹².

Nuestra legislación de fondo no contenía reglas sobre litispendencia internacional. Sin embargo, el artículo 22 del Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa (Las Leñas, 1992) ya había tomado en consideración las implicancias de este instituto:

Cuando se tratare de una sentencia o de un laudo arbitral entre las mismas partes, fundada en los mismos hechos y que tuviere el mismo objeto que el de otro proceso jurisdiccional o arbitral en el Estado requerido, su reconocimiento y ejecutoriedad dependerán de que la decisión no sea incompatible con otro pronunciamiento anterior o simultáneo recaído en tal proceso en el Estado requerido. Asimismo, no se reconocerá ni se procederá a la ejecución, cuando se hubiere iniciado un procedimiento entre las mismas partes, fundado en los mismos hechos y sobre el mismo objeto, ante cualquier autoridad jurisdiccional de la Parte requerida con anterioridad a la presentación de la demanda ante la autoridad jurisdiccional que hubiere pronunciado la resolución de la que se solicite el reconocimiento.

La litispendencia, como bien se sabe, tiene lugar cuando existen varios procedimientos sobre el mismo objeto, la misma causa y con identidad de partes, y tiene por finalidad procurar que sobre una misma controversia sometida a un órgano judicial de un país se produzca otro litigio posterior con posibilidad de que se produzcan resoluciones contradictorias.

El artículo 2604 dispone para estos casos que los jueces argentinos

12 FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (ed.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavallía, Buenos Aires. 2003, p. 146-148.

deben suspender el juicio en trámite en el país, siempre que sea previsible que la decisión extranjera del procedimiento iniciado previamente en el extranjero pueda ser objeto de reconocimiento.

Sin embargo, el proceso continuará en el país, una vez que el juez extranjero decline su propia competencia o si el proceso extranjero se extingue sin que medie resolución sobre el fondo del asunto o, en el supuesto en que habiéndose dictado sentencia en el extranjero, ésta no es susceptible de reconocimiento en nuestro país.

Por último, debemos advertir que la fuente normativa en materia de litispendencia internacional es determinante a los efectos de su efectividad. Cuando la regla se inserta una disposición de fuente interna, sólo vincula y obliga a nuestros propios jueces y no a los jueces de los demás países implicados en el caso. Distinta es la situación cuando las reglas son de fuente convencional, ya que aquí quedan obligados todos los jueces de los Estados parte a través de las mismas consignas.

3.1.3. La prórroga de jurisdicción

El artículo 2605 CCCN consagra la autonomía de la voluntad en al ámbito jurisdiccional ya que reconoce validez en el derecho de fondo al acuerdo de elección de foro. De acuerdo a dicho texto normativo, en materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

Si bien nuestros códigos de fondo no contenían normas en materia de acuerdo de elección de foro o prórroga de jurisdicción, encontramos el artículo 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) que permite la prórroga de jurisdicción internacional a favor de jueces extranjeros, bajo ciertas condiciones.

En el ámbito del MERCOSUR, el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual, en vigor entre los cuatro Estados miembros originarios del proceso de integración, también permite a los contratantes la prórroga de jurisdicción. En efecto, el artículo 4 (Capítulo I: Elección de jurisdicción) dispone:

En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva...”.

La denominada prórroga de jurisdicción permite, bajo ciertas circunstancias, elegir el foro judicial o arbitral que las partes deseen. Cualquier cláusula de elección de foro, para ser eficaz deberá ser válida

de acuerdo al Derecho Internacional Privado del Estado designado por las partes y por el derecho del Estado cuyos tribunales sean requeridos o ante quienes se solicite el reconocimiento y/o ejecución de la sentencia.

Por su parte, el art. 2607 CCCN, admite la prórroga expresa o tácita. En efecto, establece que la prórroga de jurisdicción es operativa si surge de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiestan su decisión de someterse a la competencia del juez o árbitro ante quien acuden. Se admite también todo medio de comunicación que permita establecer la prueba por un texto. Asimismo, opera la prórroga, para el actor, por el hecho de entablar la demanda y, con respecto al demandado, cuando la conteste, deje de hacerlo u oponga excepciones previas sin articular la declinatoria.

A su turno, en similares términos, el Protocolo de Buenos Aires indica que el acuerdo debe celebrarse en forma expresa, escrita y obtenerse de forma no abusiva (art. 4) y admite la sumisión al foro, es decir aquellos casos en los cuales el actor promueve acción y el demandado después de interpuesta ésta la admita voluntariamente, en forma positiva y no ficta.

La innovación de la disposición nacional radica en aceptar el principio de equivalencia funcional respecto a la forma escrita del acuerdo de elección de foro. En efecto, admitir otros medios de comunicación que den una información accesible, incluyendo los electrónicos, es una tendencia de los días que corren.

3.1.4. El principio de igualdad de trato

El artículo 2610 CCCN establece el principio de igualdad de trato, según el cual los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina.

Además, ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado.

Ni las normas del Código Civil ni el Código de Comercio derogados reconocían expresamente el principio de igualdad de trato procesal entre nacionales y extranjeros. Sin embargo, su consagración en el derecho argentino es consecuencia y expresión del artículo 20 de la Carta Magna.

Los sistemas de derecho procesal comparado han contenido múltiples ejemplos de situaciones de discriminación hacia el litigante foráneo. Para cualquier persona, el simple hecho de tener que ir a litigar a un lugar alejado de su domicilio, más si se trata de otro país, supone, generalmente, un serio perjuicio. En cambio, en el lugar en el que reside cuenta con otras posibilidades: tienen o conocen algún abogado,

la proximidad del tribunal facilita el acceso, disminuye los tiempos y los costos. Resulta más sencillo, otorgar cautelas, reales o personales, convocar testigos, producir otras pruebas, etc. Sin embargo, muchos ordenamientos jurídicos, en otras épocas, contenían normas expresas que los discriminaban, desventajas serias que hacían todavía más difícil la situación del litigante foráneo.

En definitiva, el principio de igualdad procesal asegura a las personas físicas, ciudadanos o residentes permanentes de un Estado extranjero actuante ante Tribunales de otro, el libre acceso a la jurisdicción en nuestro país para la defensa de sus derechos en igualdad de condiciones con aquellas pertenecientes al foro. La igualdad de trato supone la exclusión de eventuales discriminaciones respecto a la capacidad procesal, el otorgamiento de los auxilios necesarios ante la carencia de recursos económicos en idénticas condiciones que se le conceden al litigante local, la exclusión de imponer al foráneo, cauciones o depósitos para acceder a los tribunales

Esta igualdad de trato procesal reconocida a las personas físicas es extendida también a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de conformidad a las leyes un Estado extranjero.

El artículo 2610 CCCN se inspira en las disposiciones de la mencionado Protocolo de Las Leñas de 1992. En especial, el art. 3 dispone que:

Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados Partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes de otro Estado Parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses...El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados Partes.

Asimismo, el artículo 4 agrega que ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, podrá ser impuesta en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente de otro Estado Parte.

Cabe señalar que la equiparación del tratamiento de los litigantes extranjeros con los locales ha sido objeto posteriormente de regulación más pormenorizada en el ámbito del MERCOSUR y Estados Asociados a través de sendos Acuerdos entre los Estados Parte y de los Estados del MERCOSUR con la República de Bolivia y la República de Chile sobre justicia Gratuita y Asistencia Jurídica Gratuita, aprobados por el CMC por Decisiones 49/00 y 50/00 del 14 de diciembre de 2000.

3.1.5. El deber de cooperación jurisdiccional

El artículo 2611 CCCN establece un importante principio en materia de cooperación jurisdiccional: “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas

por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral”.

En el ámbito del derecho civil y comercial de fuente interna, la República Argentina no había reconocido con anterioridad un deber general de cooperación internacional en cabeza de nuestros jueces.

Tal como nos recuerda Tellechea Bergman, tradicionalmente se ha recurrido para justificar la prestación del auxilio internacional a conceptos de reciprocidad, de conveniencia, de “comitas gentium” o cortesía internacional. Sin embargo, en la actualidad,

la base de la prestación de la cooperación radica en una práctica suficientemente asentada entre las naciones que concibe que la justicia en tanto cometido esencial del Estado, no puede verse frustrada por fronteras nacionales que se erijan en obstáculos al desarrollo de procesos incoados más allá de las mismas¹³.

De acuerdo al artículo 2611, el deber de cooperación en materia civil, comercial y laboral se erige en un principio que solo podría denegarse en caso de ausencia de requisitos básicos exigibles para proceder a la cooperación solicitada o bien que la rogatoria afecte de manera grave y manifiesta algún principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

Adviértase que el artículo 2611 se aplicara en defecto de disposiciones convencionales o bien con la finalidad de complementarlas. La República Argentina ha ratificado un número significativo de tratados internacionales en materia de cooperación jurisdiccional internacional en general o en materias específicas.

Entre ellos, advertimos una vez más que el Protocolo de Las Leñas de 1992 fue la fuente de inspiración de la norma que analizamos. En efecto, en su artículo 1° dispone:

Los Estados Partes se comprometen a prestarse asistencia mutua y amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. La asistencia jurisdiccional se extenderá a los procedimientos administrativos en los que se admitan recursos ante los tribunales.

3.1.6. Asistencia procesal internacional

La última disposición del Capítulo II del Título IV, el artículo 2612 se aboca a la asistencia procesal internacional, en los siguientes términos:

13 TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. *La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional*. Montevideo: FCU. 2002. p. 221-222.

Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso.

Se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida.

El artículo 2612 alude a tres cuestiones diferentes, aunque íntimamente vinculadas.

Por un lado, se refiere al primer nivel de cooperación, en el que se puede diferenciar el auxilio de mero trámite, citaciones, emplazamientos y notificaciones llevadas a cabo en nuestro país a ruego de los tribunales de otro y, por otra parte, la cooperación probatoria, para la recepción u obtención de pruebas, que implica una mayor complejidad pues puede incluir un mayor grado de coerción como en el caso de la conducción compulsiva de un testigo renuente. Según dispone el artículo que comentamos los jueces argentinos están obligados a dar cumplimiento a estas medidas solicitadas por autoridades extranjeras, con la única excepción de que se vea afectado el orden público internacional de la República Argentina. En igual sentido, encontramos el art. 8 del Protocolo de Las Leñas:

El cumplimiento de los exhortos deberá ser diligenciado de oficio por la autoridad jurisdiccional competente del Estado requerido y sólo podrá denegarse cuando la medida solicitada, por su naturaleza, atente contra los principios de orden público del Estado requerido. Dicho cumplimiento no implicará un reconocimiento de la jurisdicción internacional del juez del cual emana.

Por otro lado, la disposición local que analizamos alude al instrumento por excelencia para la transmisión de la cooperación jurisdiccional: el exhorto. En efecto, las “comisiones o cartas rogatorias”, “suplicatorias” o “requisitorias”, o el “exhorto”, son todos términos sinónimos que refiere al encargo o ruego que hace el órgano jurisdiccional de un Estado a sus pares de otro, para la realización de algún procedimiento o sustanciación al servicio de una actividad procesal tramitada o a tramitarse ante el requirente. Estas comunicaciones deben realizarse sin demora y tramitarse de oficio, de acuerdo a las leyes argentinas.

El Protocolo de Las Leñas en su art. 12 se expide en semejantes términos:

La autoridad jurisdiccional encargada del cumplimiento de un exhorto aplicará su ley interna en lo que a los procedimientos se refiere... Sin embargo, podrá accederse, a solicitud de la autoridad requirente, a otorgar al exhorto una tramitación especial o aceptarse el cumplimiento de formalidades adicionales en la diligencia del exhorto, siempre que ello no sea incompatible con el orden público del Estado requerido...El cumplimiento del exhorto deberá llevarse a cabo sin demora.

De acuerdo al art. 8 de dicho Protocolo, el cumplimiento de los exhortos también deberá ser diligenciado de oficio por la autoridad jurisdiccional competente del Estado requerido y sólo podrá denegarse cuando la medida solicitada, por su naturaleza, atente contra los principios de orden público del Estado requerido.

Recordemos que existen distintas vías para la transmisión de los exhortos. Las más conocidas son los modos clásicos diplomático o consular, judicial y particular; y la comunicación vía Autoridades Centrales y aquella directa entre jueces de zonas fronterizas contiguas, tal como lo indican las Convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, la Convención Interamericana de 1979 sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero y el Protocolo adicional de 1979 a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, todas en vigor en la Argentina. El Protocolo de las Leñas encarga exclusivamente a las Autoridades Centrales para recibir y tramitar los pedidos de asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa. A tal fin, dichas Autoridades se comunicarán directamente entre ellas, dando intervención a las respectivas autoridades competentes, cuando sea necesario (art. 2).

Por último, el art. 2612 innova al habilitar las comunicaciones judiciales directas entre jueces argentinos y jueces extranjeros que así lo acepten, siempre que la situación lo amerite y que se resguarden las garantías del debido proceso.

3.2. El matrimonio internacional. Validez. Efectos. Disolución

La Sección 2ª del Capítulo III contiene una serie de disposiciones referidas al régimen internacional del matrimonio. Los artículos 2621 a 2626 determinan la jurisdicción competente así como la ley aplicable respecto a la validez del matrimonio, la prueba, el caso del matrimonio celebrado a distancia, los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, y la disolución del vínculo conyugal.

En el MERCOSUR, a su turno, nos encontramos con el Acuerdo entre los Estados partes del MERCOSUR y asociados sobre jurisdicción internacionalmente competente, ley aplicable y cooperación jurídica internacional en materia de matrimonio, relaciones personales entre los cónyuges, régimen matrimonial de bienes, divorcio, separación conyugal y unión no matrimonial (DEC CMC n° 58/2012), no vigente¹⁴.

3.2.1. Jurisdicción

El art. 2621 CCCN establece para toda controversia que se suscite en el ámbito del derecho matrimonial (validez, nulidad, efectos personales y patrimoniales, disolución) la competencia concurrente de dos foros que considera razonables: los jueces del lugar del domicilio o residencia habitual del cónyuge demandado – jurisdicción general, cfr. artículo 2608 CCCN – y los jueces del lugar del domicilio conyugal – jurisdicción especial –, siempre a elección de la parte actora.

Asimismo, define el domicilio conyugal efectivo como el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges, tal como lo había reafirmado en diversas ocasiones la jurisprudencia nacional, en especial nuestra Corte Suprema.

El Acuerdo del MERCOSUR de 2012 establece la competencia, para los mismos supuestos, de los jueces del domicilio conyugal¹⁵, y a falta de éste, a opción de la parte actora, los jueces del último domicilio conyugal¹⁶, siempre que se domicilie en el mismo alguno de los cónyuges, o los jueces del domicilio del actor o del demandado.

La norma mercosureña agrega que, para resolver las cuestiones que surjan entre cónyuges que afecten los bienes matrimoniales en materia de estricto carácter real, serán competentes los jueces del lugar en donde estén ubicados dichos bienes (art. 3).

3.2.2. Validez del matrimonio. Derecho aplicable

El artículo 2622 CCCN determina el derecho aplicable a la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto,

¹⁴ Este Acuerdo cuenta con una disposición sobre aplicación del derecho extranjero que dispone: “La ley que resulte aplicable en virtud de las disposiciones del presente Acuerdo deberá ser aplicada de oficio e interpretada del mismo modo como harían los tribunales del Estado a cuyo ordenamiento jurídico pertenece. Los tribunales sólo podrán declararla inaplicable cuando contraríen manifestamente principios fundamentales de orden público internacional del Estado donde se pretende hacer valer”. El artículo 2595 CCCN, complementado con el artículo 2600, ambos de alcance general, llevan a una solución muy similar a la contemplada por dicho Acuerdo.

¹⁵ El art. 2.c del Acuerdo del MERCOSUR define “Domicilio conyugal” como el Estado donde los cónyuges vivan de consuno o aquel donde ambos tienen sus domicilios propios.

¹⁶ El art. 2.e define “Último domicilio conyugal” como el Estado de la última convivencia efectiva de los cónyuges.

su existencia y validez. La norma opta por el derecho del lugar de la celebración, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen.

Asimismo, dispone que no se reconocerán efectos en el país a los matrimonios celebrados con los impedimentos consagrados en el cinco primeros incisos del art. 403 CCCN: a. el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo; b. el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo; c. la afinidad en línea recta en todos los grados; d. el matrimonio anterior, mientras subsista; e. haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges.

Tampoco se reconocen en el país matrimonios celebrados entre quien aportó gametos y el niño nacido a través de esa técnica de reproducción humana asistida en virtud de lo dispuesto en el art. 575 CCCN, segundo párrafo: “Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena”.

En cambio, no es óbice para el reconocimiento en el país de matrimonios celebrados en el extranjero con menos de dieciocho años o con falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial.

Por último, la norma establece que el derecho del lugar de celebración rige la prueba de la existencia del matrimonio.

A su turno, el Acuerdo del MERCOSUR también declara aplicable la ley del lugar de celebración del matrimonio entre dos personas de distinto o del mismo sexo, para regir la capacidad de éstas para contraerlo, así como la forma, existencia y validez del acto matrimonial (art.7).

No obstante, teniendo en cuenta que no todos los Estados del bloque admiten el llamado “matrimonio igualitario”, la norma regional aclara que el reconocimiento del matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo no será obligatorio para el Estado Parte donde se lo pretende hacer valer, si su ordenamiento jurídico no lo admite.

3.2.3. Los efectos personales del matrimonio. Derecho aplicable

De acuerdo al artículo 2624 CCCN, “las relaciones personales de los cónyuges se rigen por el derecho del domicilio conyugal efectivo”.

Como puede leerse en los fundamentos del Anteproyecto, en cuanto a los efectos personales del matrimonio, se ha conservado el “domicilio conyugal efectivo” como centro de gravedad para la designación del derecho aplicable. Recuérdese que el art. 2621 CCCN define domicilio conyugal efectivo como el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges.

Téngase presente que el derecho – deber de alimentos que tiene como fuente el matrimonio, tiene a partir del nuevo CCCN, un tratamiento diferenciado (Sección 4ª, arts. 2629 y 2630 CCCN).

Por su parte, el artículo 9 del Acuerdo del MERCOSUR somete las relaciones personales del matrimonio al mismo punto de conexión principal, pero agrega dos conexiones subsidiarias: el último domicilio conyugal, siempre que permanezca en el mismo alguno de los cónyuges, y en defecto de éste, el lugar de celebración del matrimonio.

3.2.4. Los efectos patrimoniales del matrimonio. Derecho aplicable

En el Derecho Internacional Privado comparado, existen dos criterios extremos en la materia que nos ocupa. Uno de ellos opta por permitir, en términos generales, que los cónyuges elijan el régimen patrimonial matrimonial que consideren más conveniente a sus intereses. En este supuesto, la legislación habilita a los consortes a hacer ejercicio de la autonomía de la voluntad¹⁷. En cambio, desde otra postura, nos encontramos con un criterio mucho más restrictivo que veda tal posibilidad y sujeta esta cuestión a la ley que el propio legislador estima más conveniente. En tal caso, se presentan dos variantes: someter las relaciones patrimoniales del matrimonio a la ley personal (nacionalidad o domicilio) o a la ley del lugar de situación de los bienes que integran la sociedad conyugal.

A su turno, el legislador podrá elegir un punto de conexión mutable, es decir el domicilio o residencia habitual o nacionalidad efectiva de los cónyuges, o bien inmutable, o sea que optará por la ley del lugar del primer domicilio o de la primera residencia habitual conyugal o la ley de la nacionalidad común de los contrayentes al momento de la celebración del matrimonio. De esta forma, se imposibilita el cambio de régimen legal.

Por su parte, los derechos sustanciales a los que nos derivarán tales normas de conflicto, son también de índole muy variada: régimen de unidad de bienes; régimen de comunidad de bienes, universal o restringida, de administración marital, separada, conjunta o indistinta; régimen de participación; régimen de separación de bienes, entre los más conocidos.

Según el flamante art. 2625 CCCN, las convenciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración.

En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes

¹⁷ Numerosos sistemas de derecho internacional privado extranjeros permiten a los cónyuges elegir la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales, ya sea éste legal o pactado, así la Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995 (art. 30); la Ley de Derecho Internacional Privado Suiza de 1987 (art. 52); la Ley de Derecho Internacional Privado de Rumania de 1992 (art. 21.2), la Ley de Derecho Internacional Privado de Turquía de 1982 (art. 14.1), entre otros.

se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes.

En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros¹⁸.

En tanto, el Acuerdo del MERCOSUR de 2012, al respecto, establece una normativa muy parecida: en primer lugar, somete el régimen matrimonial de bienes a las convenciones matrimoniales y éstas se rigen, a su vez, por la ley del Estado donde se otorguen. En ausencia de convención, se rige por la ley del primer domicilio conyugal. Sin embargo, la norma regional incorpora una conexión subsidiaria adicional: a falta de primer domicilio conyugal o siendo imposible determinarlo, el régimen matrimonial de bienes se rige por la ley del Estado de celebración del matrimonio (art. 10).

Al igual que el art. 2625 dispone que la ley que resulte aplicable rige en todo lo que, en materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes. Y asimismo, agrega que el cambio de domicilio no altera la ley aplicable para regir las relaciones de los cónyuges respecto a los bienes, sean ellos adquiridos antes o después del cambio.

3.2.5. Divorcio y otras causales de disolución del matrimonio. Derecho aplicable

El artículo 2626 CCCN dispone que el divorcio y las otras causales de disolución del matrimonio se rigen por el derecho del último domicilio de los cónyuges.

Dicha norma opta por el mismo criterio de la disposición derogada (art. 164 CC): el último domicilio conyugal para determinar el derecho aplicable a la disolución del vínculo matrimonial. Sin embargo, en el tipo legal de la norma indirecta se omite la separación personal, pues se ha eliminado el instituto del Código¹⁹.

¹⁸ No se encuentra un fundamento jurídico serio, más allá de la preferencia por la aplicación del derecho argentino, respecto de la posibilidad que tienen los cónyuges de optar por nuestro derecho en caso de cambio de domicilio en nuestro país y no reconocer el caso inverso, es decir permitir la opción por el derecho extranjero en caso que se haya mudado el domicilio conyugal desde Argentina a un país extranjero. Si bien es cierto que la elección del legislador a favor del “primer domicilio conyugal” se funda en la prevención del fraude a la ley y en general, lo que realmente se intenta preservar a través de este instituto son las normas imperativas del derecho del foro sobre régimen patrimonial del matrimonio, lo cierto es que no se advierte cuál es el problema que se quiere evitar aun cuando el acuerdo de los cónyuges conste en instrumento público y no afecte derechos de terceros.

¹⁹ El fundamento de la no regulación es que en la realidad actual no existen los motivos que llevaron al legislador a receptar ambas instituciones en el Código Civil. En efecto, los Fundamentos de la derogación de la figura de la separación personal son: “a) la separación

En cambio, el art. 11 del Acuerdo del MERCOSUR establece nuevamente conexiones subsidiarias: domicilio conyugal, a falta de éste, el último domicilio conyugal, siempre que en él se domicilie alguno de los cónyuges; y en ausencia de los anteriores, el domicilio del actor o del demandado, a opción del juez competente.

4. LAS UNIONES CONVIVENCIALES

En tanto el Código Civil derogado no contemplaba en sus normas sustantivas la figura de la unión convivencial o un instituto similar, tampoco se había preocupado por incluir reglas para determinar la jurisdicción internacional competente en los casos en que estas relaciones jurídicas presentaran algún elemento extranjero. Esta situación no dejaba de ser compleja en tanto podía presentarse el caso en el que se pretendiese el reconocimiento extraterritorial en el país de una unión convivencial nacida bajo el amparo de una legislación extranjera. Aquí bien podía configurarse un supuesto de institución desconocida, en donde el juez se viera obligado a buscar una institución análoga existente en el país.

Tal como afirma Fresnedo de Aguirre, en general se le ha prestado poca atención a las cuestiones propias del DIPr al regular los nuevos institutos jurídicos referidos a las uniones no matrimoniales heterosexuales u homosexuales²⁰.

Las nuevas normas argentinas han incorporado a la legislación argentina las llamadas uniones convivenciales. Es por ello, que también ha sido incluida en las disposiciones de Derecho Internacional Privado. Según los fundamentos del Anteproyecto:

...frente a la realidad de nuevas formas familiares, se ha regulado la unión convivencial, tanto en los aspectos de jurisdicción internacional como de derecho aplicable, en una clara aproximación a la regulación del Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado del Uruguay.

tuvo su razón de ser en un contexto jurídico y social diferente al actual, como una alternativa para quienes se oponían al divorcio vincular cuando este se incorporó de manera autónoma al derecho argentino después de años de matrimonio indisoluble, y b) Su escasa aplicación práctica: en los hechos, cuando se acude a la separación personal no es por razones religiosas, sino por no haberse cumplido el plazo mínimo desde la celebración del matrimonio para solicitar el divorcio de común acuerdo o el plazo de separación de hecho sin voluntad de unirse para peticionar el divorcio vincular por esta causal de manera unilateral” (*Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV: Derecho Internacional Privado*, 2012. Disponible en: <<http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>> [Consulta: 10/02/2015]).

20 FRESNEDO de AGUIRRE, Cecilia. “Uniones matrimoniales y no matrimoniales. Su continuidad jurídica a través de las fronteras” [en línea]. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. 2008. p. 313-344. [consulta: 28/10/2015] Disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723039014>> y en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt14.htm>>

En materia de juez competente, el legislador ha optado, en el artículo 2627 CCCN por la jurisdicción concurrente de los tribunales del lugar del domicilio o residencia habitual del demandado, o bien los del lugar del domicilio efectivo común de los convivientes, siempre a elección de la parte actora.

A su turno, el artículo 2628 CCCN dispone que la unión convivencial se rige por el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer.

Dicha norma ha seguido, entonces, un criterio territorialista: aplicar el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer la unión convivencial y principalmente sus efectos. Es decir que, en tanto, la unión se haga valer en nuestro país siendo que el Código ha regulado expresamente la figura (arts. 509 a 528 CCCN), nuestros jueces de acuerdo a la ley argentina y a sus requisitos reconocerían sus efectos en el territorio nacional, y no podrían recurrir a la institución desconocida para negárselos.

Por su lado, el Acuerdo del MERCOSUR de 2012 también se ocupa, con más detalle, de determinar tanto el juez competente como la ley aplicable en las llamadas “uniones no matrimoniales”²¹.

El artículo 4 determina que serán competentes para entender en los juicios sobre nulidad y disolución de las uniones no matrimoniales y relaciones patrimoniales vinculadas a ellas, a opción de la parte actora, tanto los jueces del Estado de reconocimiento o registro de la unión; los del domicilio del demandado; o los jueces del domicilio de la parte actora. Agrega, tal como lo hace en materia de matrimonio, que para resolver las cuestiones que surjan entre convivientes que afecten los bienes en materia de estricto carácter real, serán competentes los jueces del lugar en donde estén ubicados dichos bienes.

Además, contiene una disposición jurisdiccional específica para las acciones referidas a los efectos personales de las uniones no matrimoniales, para las que atribuye competencia a los jueces del Estado Parte donde se pretendan hacer valer (art. 5).

Respecto a la ley aplicable, el Acuerdo diferencia correctamente distintos aspectos: la capacidad de las personas para constituir la unión no matrimonial, su forma, existencia y validez, así como su disolución, por un lado, y los efectos derivados de tales uniones, por el otro. Las primeras cuestiones son sometidas a la ley del lugar de reconocimiento o registro de las uniones no matrimoniales, mientras que sus efectos se rigen por la ley del Estado donde se pretendan hacer valer²².

21 El art. 2.a del Acuerdo define “Unión no matrimonial” como aquellas uniones convivenciales, estables, permanentes, civiles o cualquier otra denominación, registradas o reconocidas por cada una de las Partes y establecidas libremente por dos personas, independientemente del sexo u orientación sexual, que convivan en una relación afectiva estable, permanente, notoria y pública, respetando la legislación de cada país.

22 Según el Acuerdo, teniendo en consideración las asimetrías sobre el tema que encontramos en las legislaciones de los Estados parte, el reconocimiento de las uniones no matrimoniales

5. LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

El lugar de domicilio de los contratantes, el lugar de celebración del contrato, el lugar de su cumplimiento, el lugar de situación del bien objeto del contrato pueden internacionalizarlo.

En tales casos, el principio de autonomía de la voluntad adquiere un rol primordial.

Efectivamente, en materia contractual, tanto en el ámbito interno como internacional, rige la libertad de contratación. Pero cuando estamos en presencia de un contrato internacional, la autonomía de la voluntad despliega otras características, pues habilita a las partes a elegir tantos a los jueces o árbitros que diriman sus controversias, así como a seleccionar la ley aplicable que rija el contrato en caso de conflicto.

En los fundamentos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, los redactores se refieren a la consagración del principio de la autonomía de la voluntad, receptado en la jurisprudencia de nuestros tribunales, en la doctrina mayoritaria, en las soluciones adoptadas en el derecho comparado y en convenciones de las que nuestro país forma parte.

En virtud de ello, el derecho argentino actual en su fuente interna brinda un amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad tanto para seleccionar el juez competente como la ley aplicable (en esto último, reconoce la autonomía conflictual como la material). Y, en ausencia de elección, contempla criterios subsidiarios.

Por su parte, el MERCOSUR solo se ha ocupado del problema jurisdiccional, puesto que no ha encarado aún la cuestión del derecho aplicable. En razón de ello, nos limitaremos aquí a las reglas de competencia internacional en materia contractual.

En efecto, el artículo 2650 CCCN establece que, no existiendo acuerdo válido de elección de foro, son competentes para conocer en las acciones resultantes de un contrato, a opción de actor: *a)* los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Si existen varios demandados, los jueces el domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellos; *b)* los jueces del lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales; *c)* los jueces del lugar donde se ubica una agencia, sucursal o representación del demandado, siempre que ésta haya participado en la negociación o celebración del contrato.

A su turno, el Protocolo de Buenos Aires de 1994 sobre jurisdicción internacional en materia contractual²³, en el marco del MERCOSUR, a

celebradas entre personas del mismo sexo no será obligatorio para el Estado Parte donde se lo pretende hacer valer, si su ordenamiento jurídico no lo admite.

23 El ámbito de aplicación del Protocolo de Buenos Aires está definido en el artículo 1º: El presente Protocolo se aplicará a la jurisdicción contenciosa internacional relativa a los contratos internacionales de naturaleza civil o comercial celebrados entre particulares - personas físicas o jurídicas: a) con domicilio o sede social en diferentes Estados Partes del Tratado de Asunción; b) cuando por lo menos una de las partes del contrato tenga su domicilio

falta de acuerdo de prórroga, establece la jurisdicción de los tribunales del Estado del lugar de ejecución del contrato, o del tribunal del Estado del domicilio del demandado o bien el tribunal del Estado de domicilio del actor, si éste prueba que cumplió con la obligación a su cargo²⁴.

A simple vista, advertimos que el Protocolo de Buenos Aires, agrega la opción de litigar ante el domicilio del propio actor, pero condicionado al cumplimiento de sus obligaciones.

Sin embargo, encontramos otra diferencia importante. El art. 2650 se refiere al “lugar de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones contractuales”, mientras que el Protocolo en su artículo 8.1 expresamente lo limita al “lugar del cumplimiento del contrato el Estado Parte donde haya sido o deba ser cumplida la obligación que sirva de base para la demanda”.

El legislador nacional se ha inclinado por la interpretación amplia del contacto “lugar de cumplimiento”, que ha acogido nuestra jurisprudencia²⁵ y ha seguido nuestra doctrina mayoritaria. Por ende, cualquier lugar de ejecución o cumplimiento en la República Argentina, abre la jurisdicción de nuestros tribunales, no sólo el expresamente convenido en el contrato, o el de la prestación más característica, sino también, el lugar donde el deudor debió cumplir y no cumplió, e incluso, donde el acreedor debió cumplir y cumplió.

El Protocolo de Buenos Aires también contempla el caso en que la persona jurídica tuviera sucursales, establecimientos, agencias

o sede social en un Estado Parte del Tratado de Asunción y además se haya hecho un acuerdo de elección de foro a favor de un juez de un Estado Parte y exista una conexión razonable según las normas de jurisdicción de este Protocolo”. A su turno, el artículo 2º excluye de su ámbito de aplicación ciertas materias: 1. Los negocios jurídicos entre los fallidos y sus acreedores y demás procedimientos análogos, especialmente los concordatos; 2. Los acuerdos en el ámbito del derecho de familia y sucesorio; 3. Los contratos de seguridad social; 4. Los contratos administrativos; 5. Los contratos laborales; 6. Los contratos de venta al consumidor; 7. Los contratos de transporte; 8. Los contratos de seguros; 9. Los derechos reales.

24 El artículo 7 del Protocolo de Buenos Aires dispone: “En ausencia de acuerdo tienen jurisdicción a elección del actor: a) Los jueces del lugar de cumplimiento del contrato; b) Los jueces del domicilio del demandado; c) Los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación”. Los artículos 8 y 9, respectivamente, califican lugar de cumplimiento del contrato y domicilio del demandado.

25 Así fue establecido en el caso “Antonio Espósito e Hijos S.R.L. v. Jockey de Vieu”, en el cual la Cámara Comercial sostuvo que la calificación de “lugar de cumplimiento” es distinta según se trate de determinar el juez competente o la ley aplicable. A los fines del art. 1215 del Código Civil, para establecer la jurisdicción en materia de contratos internacionales, cualquier lugar de cumplimiento y no necesariamente el de la prestación más característica, sirve para abrir la jurisdicción (CNSCom. Sala E, 10 de octubre de 1985, en LL1986-D, 46).

Asimismo, en el caso “Exportadora Buenos Aires S.A. c/ Holiday Inn’s Worldwide Inc.”, la Corte Suprema resolvió que “en ausencia de tratado, la cuestión de competencia debe dirimirse sobre la base de normas de jurisdicción internacional en materia contractual, a saber los artículos 1215 y 1216 del Código Civil que abren la jurisdicción de los jueces argentinos cuando el domicilio o residencia del deudor estuviere en la República Argentina, o, concurrentemente, cuando el contrato de que se trate deba tener su cumplimiento en ella” y advirtió que “en ausencia de solución convencional específica, cualquier lugar de cumplimiento de las obligaciones en la República justifica la apertura de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos (conf. art. 1215 Cód. Civil)” (CSJN, 20/10/1998, en Fallos 321-3-2894/2904 y en LL 2000-A, 403).

o cualquier otra especie de representación. Indica que se considerará domiciliada en el lugar donde funcionan y sujeta a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí practiquen. Sin embargo, aclara que esta calificación no obsta al derecho del actor a interponer la acción ante los tribunales de la sede principal de la administración.

6. LOS CONTRATOS DE CONSUMO

A fin de remediar la desigualdad de las partes en las relaciones de consumo, los legisladores nacionales se han ocupado de dictar leyes protectorias que procuran hallar un cierto equilibrio negocial entre los contratantes. Sin embargo, tanto nuestra ley como la de los restantes países de la región tienen por finalidad, en general, proteger al consumidor en casos nacionales, que no presentan ningún elemento extranjero.

En cambio, no encontrábamos en la legislación nacional, normas de Derecho Internacional Privado sobre jurisdicción o sobre ley aplicable que contemplen los casos de contratos internacionales de consumo.

En el ámbito convencional en materia contractual, ya sea respecto de ley aplicable o de jurisdicción, encontramos diversos instrumentos internacionales. No obstante, suelen no regular o directamente excluyen de su ámbito de aplicación a los contratos celebrados con consumidores.

Así lo hace, por ejemplo, el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia contractual, ya mencionado, que excluye de su ámbito de aplicación los contratos de venta al consumidor (artículo 2.6).

Sin embargo, en diciembre de 1996, el Consejo Mercado Común suscribió el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (Decisión CMC N° 10/96 del 22 de diciembre de 1996), fruto del trabajo de la Reunión de Ministros de Justicia. Este Protocolo fija el procedimiento y los tribunales competentes para entender en cuestiones controvertidas nacidas de las relaciones de consumo, cuando proveedor y consumidor tengan su domicilio en distintos Estados del MERCOSUR, o cuando teniendo domicilio en un mismo Estado la prestación característica de la relación de consumo tenga lugar en otro Estado parte.

Tal como nos recuerda Perugini,

a medida que se avanzaba en el estudio y elaboración del Protocolo de Buenos Aires se advertía la necesidad de dedicarle un instrumento independiente al de consumo. Varias fueron las razones por las que se decidió desagregarlo del Protocolo de Buenos Aires. La diferencia de posiciones frente a la autonomía, el tratamiento diferenciado entre el consumidor y su contraparte, la necesidad de adecuar el proceso para proteger al consumidor, por ejemplo. Por otra parte, tratar cada

jurisdicción separadamente permitía concluir antes el Protocolo y otorgar al MERCOSUR en no más de dos años un instrumento útil a sus objetivos de armonización²⁶.

No obstante, hasta la fecha el Protocolo de Santa María no ha podido entrar en vigor ya que su propio artículo 18 dispone expresamente que:

La tramitación de la aprobación del presente Protocolo en el ámbito de cada uno de los Estados Partes, con las adecuaciones que fueren necesarias, sólo podrá iniciarse después de la aprobación del Reglamento Común MERCOSUR para la Defensa del Consumidor en su totalidad, incluidos sus anexos, si los tuviere, por el Consejo del Mercado Común.

Es decir que autoexcluye su aplicación y la supedita a la aprobación de un Código de Defensa del Consumidor, que aún no ha sido aprobado.

Ahora, el nuevo Código contempla dos reglas sobre estos peculiares contratos: los arts. 2654 y 2655. Prohíbe recurrir a la autonomía de la voluntad tanto para elegir juez competente como ley aplicable y consagra conexiones rígidas alternativas. Nos ocuparemos exclusivamente de la norma jurisdiccional, dado que el MERCOSUR, como vimos, no elaboró aún reglas para el problema de la ley aplicable.

El art. 2654 CCCN, entonces, veda a las partes de un contrato de consumo la posibilidad de celebrar un acuerdo de elección de foro y en consecuencia determina para distintos supuestos, los criterios atributivos de jurisdicción internacional.

Dispone que las demandas que versen sobre relaciones de consumo pueden interponerse, a elección del consumidor ante los siguientes foros concurrentes: 1) los jueces del lugar de celebración del contrato, 2) los del lugar del cumplimiento de la prestación del servicio, 3) los de lugar de la entrega de bienes, 4) los del lugar del cumplimiento de la obligación de garantía, 5) los del domicilio del demandado o 6) los del lugar donde el consumidor realiza actos necesarios para la celebración del contrato.

En consonancia con lo dispuesto en el art. 2650 inciso c) también son competentes los jueces del Estado donde el demandado tiene sucursal, agencia o cualquier forma de representación comercial, cuando éstas hayan intervenido en la celebración del contrato o cuando el demandado las haya mencionado a los efectos del cumplimiento de una garantía contractual.

En el caso que la demanda sea entablada contra el consumidor, la otra parte contratante sólo puede interponerla ante los jueces del Estado del domicilio del consumidor.

²⁶ PERUGINI ZANETTI, Alicia. "Derecho Internacional Privado del Consumidor". En: XVIII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Sección Derecho Internacional Privado [en línea] Rosario. 2005. [consulta: 01/02/2016]. Disponible en: <<http://www.aadi.org.ar/>>

Como podemos observar la disposición que comentamos sigue con algunas modificaciones las tendencias imperantes. En efecto, el Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo (Decisión CMC N° 10/96 del 22 de diciembre de 1996), no vigente, contiene una regla general en materia de jurisdicción, indicando en el art. 4 que “tendrán jurisdicción internacional en las demandas entabladas por el consumidor, que versen sobre relaciones de consumo los jueces o tribunales del Estado en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor”. A su turno, el proveedor de bienes o servicios podrá demandar al consumidor ante el juez o tribunal del domicilio de éste. El art. 5 brinda otras opciones excepcionales, a disposición exclusiva del consumidor, manifestada expresamente en el momento de entablar la demanda, el Estado: *a)* los jueces del lugar de celebración del contrato; *b)* los jueces del lugar de cumplimiento de la prestación del servicio o de la entrega de los bienes; o *c)* los jueces del lugar del domicilio del demandado.

Finalmente, a tenor del artículo 6, si el demandado tuviere domicilio en un Estado Parte y en otro Estado Parte filial, sucursal, agencia o cualquier otra especie de representación con la cual realizó las operaciones que generaron el conflicto, el actor podrá demandar en cualquiera de dichos Estados.

Podemos advertir que, sorprendentemente, el art. 2654 CCCN no habilita al consumidor a demandar a su contraparte ante los jueces del lugar de su residencia habitual o domicilio, como contempla la regla general del Protocolo de Santa María ni siquiera bajo las condiciones que exige el Reglamento de la UE N° 1215/2012 (en el caso del llamado “consumidor pasivo”)²⁷.

7. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

La responsabilidad ante el incumplimiento de estas obligaciones extracontractuales (aquellas que nacen sin convención) genera casos muy diversos, que van desde la responsabilidad emergente de los accidentes

²⁷ En el régimen de la Unión Europea, el consumidor sólo goza de protección si el profesional ejerce actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro en cuyo territorio tenga domicilio el consumidor (criterio *Doing Business* o Mercado natural del empresario) o, alternativamente, por cualquier medio, dirige estas actividades hacia dicho Estado miembro (criterio *Stream-of-Commerce* o Mercado de conquista). Una demanda interpuesta por un consumidor puede serlo ante el tribunal del Estado miembro en el territorio donde se encuentra el demandado o ante el tribunal del Estado miembro donde el consumidor tenga su domicilio. En caso de que un profesional promoviera una acción contra un consumidor, ésta sólo podría hacerse ante los tribunales de los Estados miembros en cuyo territorio esté domiciliado el consumidor.

En cambio, cuando es el consumidor quien se desplaza al país donde opera normalmente el empresario (consumidor activo), no se aplica tal protección. El consumidor, entonces, no podrá demandar en el país de su domicilio, ya que el empresario no penetró en su mercado.

por automóviles²⁸, ferrocarriles, aeronaves o buques, la difamación, la responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos, la responsabilidad por los hechos de terceros (dependientes, etc.), la concurrencia desleal, hasta los casos de contaminación transfronteriza.

Sin perjuicio de la conveniencia de disposiciones que aprehendan casos especiales de responsabilidad civil, otros autores, como Fresnedo de Aguirre, sostienen la necesidad de algunas reglas generales:

Parece innegable que más allá de las posibles regulaciones puntuales de las subcategorías identificables dentro de la categoría genérica responsabilidad extracontractual, es necesario contar con un régimen general para regular aquellos casos en que no existe norma específica... Es decir que en cuanto a la extensión de la categoría, si bien es totalmente compartible que algunas cuestiones requieren, por su especificidad, una regulación propia e independiente (ejs.: la responsabilidad del fabricante por el producto, la contaminación transfronteriza (Opertti), los accidentes de tránsito, etc.), parece importante regular la responsabilidad extracontractual en general, como una categoría amplia, que le permita al aplicador del derecho calificar en ella una infinidad de relaciones jurídicas que le presenta a diario la realidad, y que resultaría imposible de prever y regular individualmente por el legislador²⁹.

Esa regla de alcance general, tanto para la determinación del juez competente como de la ley aplicable, ha consistido en consagrar la conexión “lugar de producción del hecho”, la célebre *lex loci delicti*. Sin embargo, la rigidez de este criterio ha sufrido embates y la tendencia actual gira en torno a su matización o flexibilización, a través en general de su utilización como mera conexión alternativa o subsidiaria, pero ya no como punto de conexión único³⁰.

28 El mayor caudal de casos jurisprudenciales de responsabilidad extracontractual proviene de accidentes de tránsito que involucran a Argentina y Uruguay, tales como “Reger de Maschio, Wally D. y otro, c. Annan, Guillermo A.” (JNEsp. Civ. y Com. 50, 10/10/83); “Guitor, Marcos c. Alvarez, O. Juana” (CNac. Esp. Civ. y Com., sala II, 30/07/86); “Giuliani, Mario y otro c. Khafif, Isaac y otros” (CNCiv., sala I, 23/09/96).

29 FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. “Obligaciones extracontractuales”. En: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. (ed.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavalía. 2003, p. 1157.

30 La rigidez de la regla del lugar de producción del daño ha llevado a la doctrina a formular una serie de propuestas correctoras. En los países del *Common Law*, los jueces recurren a conexiones más flexibles para determinar la ley aplicable atendiendo a las circunstancias del caso. En el derecho continental, algunos países también se apartan de alguna manera del criterio rígido de la *lex loci*, bien estableciendo una cláusula de salvaguarda por la que no se aplica la ley que ha sido designada en virtud de la norma de conflicto, bien prefiriendo aquella otra ley que presente “vínculos más estrechos”. La tendencia actual está orientada a intentar que coincidan diversos puntos que tienen relevancia a fin de evitar que sea designada como legislación aplicable la de un Estado con el que los interesados no presentan vínculos significativos. También se pretende evitar hacer depender la determinación de la legislación de un único punto. Ver: SEUBA TORREBLANCA, Joan C. “Derecho de daños y Derecho

Asimismo, la *locus delicti* ha sido re calificada en los últimos tiempos como el lugar donde se produce efectivamente el daño. La diferencia entre el lugar donde se produce el hecho generador del daño y el lugar donde se produce la consecuencia dañosa es significativa en los llamados delitos a distancia, porque aquellos extremos ocurren, por definición, en distintos Estados.

El artículo 2656 CCCN establece que, excepto lo dispuesto en los artículos anteriores³¹, son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil: a) el juez del domicilio del demandado; b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos.

El Código Civil derogado no contenía ninguna norma respecto a la jurisdicción internacional en materia de responsabilidad civil.

Por su parte, el MERCOSUR, si bien no ha adoptado reglas generales sobre responsabilidad civil, cuenta con el Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito 1996, en vigor, que en su art. 7 dispone que para ejercer las acciones comprendidas en este Protocolo serán competentes, a elección del actor, los tribunales del Estado Parte: a) donde se produjo el accidente; b) del domicilio del demandado; y c) del domicilio del demandante.

En ambas normas, el fundamento del foro especial previsto es el principio de proximidad razonable: el tribunal del lugar de producción del hecho dañoso está próximo al material probatorio. Adviértase que el foro especial puede desdoblarse según las circunstancias del caso en dos: los jueces del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos.

Advertimos que el Protocolo de San Luis incluye una opción jurisdiccional adicional: el domicilio del demandante. Es decir, reconoce un foro protectorio a su favor, en tanto se presume que el damnificado es un “débil jurídico”. Si bien el art. 2656 no lo menciona, en virtud del foro de necesidad previsto en el art. 2602 CCCN, bajo ciertas condiciones, podría abrirse también dicha alternativa³².

En materia de derecho aplicable, el artículo 2657 CCCN dispone

internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento “Roma II”. *InDret* 1/2005, p. 8-9. [consulta: 01/02/2016]. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/269_es.pdf>

31 Esta remisión a los “casos no previstos en los artículos anteriores”, tanto en el art. 2656 sobre jurisdicción competente, como en el art. 2657 sobre ley aplicable indicaría que la responsabilidad contractual se rige por las disposiciones en materia de contratos, mientras que la sección 13ª de la Parte Especial se dedica exclusivamente, entonces, a la responsabilidad extracontractual.

32 Artículo 2602 CCCN: “Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz”.

que, excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país.

En similar inteligencia, el Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito de 1996 establece que la responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regulará por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se produjo el accidente. Sin embargo, si en el accidente participaren o resultaren afectadas únicamente personas domiciliadas en otro Estado Parte, el mismo se regulará por el derecho interno de éste último (art. 3).

CONSIDERACIONES FINALES

El Derecho Internacional Privado ha dejado de ser una disciplina especializada y elitista, alejada del resto del ordenamiento jurídico, como la Cenicienta de las materias en las Carreras de Abogacía. Las situaciones jurídicas privadas de alcance internacional hoy nos involucran a todos, no solo a las grandes multinacionales, que operan en el mundo de los negocios internacionales.

Los escenarios hoy son más complejos: la globalización, la diversidad cultural, la integración socio - económica, el ciberespacio, el fenómeno migratorio temporal y permanente. Nuestra disciplina necesita adaptarse a las nuevas exigencias. A ello responde el pluralismo de fuentes y de métodos.

Nuestro Derecho Internacional Privado debe organizar las reglas nacionales, internacionales, supranacionales y transnacionales en pos de la coordinación de los sistemas jurídicos en juego y debe evitar la mera multiplicidad de fuentes superpuestas, inconexas e incluso contradictorias. Un buen pluralismo normativo persigue la coherencia, la complementación, la coordinación y el diálogo entre las distintas fuentes.

Respecto al Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna, se imponía desde hace muchos años una reforma integral. Contábamos con un DIPr decimonónico que exigía una puesta al día urgente.

Sin lugar a dudas, las nuevas Disposiciones de Derecho Internacional Privado, insertas en el Título del IV del Libro Sexto sobre Disposiciones Comunes a los Derechos Personales y Reales, configuran un avance significativo para esta disciplina.

Celebramos, en esta ocasión, que el legislador argentino haya

contemplado las normas del MERCOSUR, para tomarlas como antecedentes e inspiración de nuestra fuente interna, procurando eludir incompatibilidades no deseadas, y en búsqueda de un fecundo diálogo de normas nacionales y regionales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. *El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y al MERCOSUR*. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas. 1998.

DREYZIN de KLOR, Adriana. *El MERCOSUR: generador de una nueva fuente de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Ed. Zavallía. 1997.

DREYZIN de KLOR, Adriana. “Algunas reflexiones sobre el Protocolo de Medidas Cautelares”. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. 1995, n° 8, p. 513 - 539

DREYZIN de KLOR, Adriana y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. “Avances y fracasos de los esquemas subregionales latinoamericanos. El caso del MERCOSUR” [en línea]. *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración, Diario Jurídico elDial*. Buenos Aires: Albremática. 2005. [consulta: 01/02/2016]. Disponible en: <www.eldial.com>

DREYZIN de KLOR, Adriana y URIONDO de MARTINOLI, Amalia. “Implicancia de la integración en el Derecho Internacional Privado”. *La Ley* 1994-E, 1116.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia. *Jurisdicción Internacional en materia contractual*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana B. “Las asimetrías constitucionales: un problema siempre vigente en el MERCOSUR” [en línea]. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 2013, año 1, n° 2, p. 271–311 [consulta: 10/02/2016]. Disponible en: <<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/19>>

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed.). *El derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR*. Buenos Aires: Zavallía, 2003.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. “La nueva configuración del DIPr del MERCOSUR: ocho respuestas contra la incertidumbre”. *Revista de Derecho del MERCOSUR*. 1999, vol. 3, p. 38-53

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional privado”. En *Iberoamérica ante los procesos de integración*. Madrid: BOE. 2000. p. 151-192.

GARRIDO CORDOBERA, Lidia, BORDA, Alejandro y ALFERILLO,

Pascual (ed.). *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Astrea. 2015, tomo 3.

MENICOCCI, Alejandro Aldo. “Codificación de Derecho Internacional Privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” [en línea]. En: *XXVIº Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*. San Miguel de Tucumán. 2014. [consulta: 01/02/2016]. Disponible en: <<http://www.aadi.org.ar/>>

NAJURIETA, María Susana. “Los principios generales del derecho en el desarrollo del ordenamiento del MERCOSUR”. En *JA* 1999-III, 870.

PALLARÉS, Beatriz. “El derecho frente a la integración latinoamericana” [en línea]. *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración Diario Jurídico elDial*. [consulta: 01/02/2016]. Disponible en: <www.eldial.com>

PALLARÉS, Beatriz, “La incorporación de las normas de MERCOSUR a los Derechos internos y la seguridad jurídica”. En CIURO CALDANI, Miguel Ángel, LATUCCA, Ada y RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto(ed.). *Economía Globalizada y MERCOSUR*. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 1998.

PERUGINI, Alicia M. “El MERCOSUR jurídico entre la globalización y la regionalización”. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*. 2000, n° 24, p. 157–172.

PERUGINI, Alicia M. “Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción internacional en materia contractual”. *Jurisprudencia Argentina*. 1997, n° 6052, p. 58- 63.

RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela(dirs.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: La Ley, 2014.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto y SILVA ALONSO, Ramón. *El MERCOSUR. Marco jurídico institucional, análisis y perspectivas de sus normas derivadas*. Asunción: Intercontinental Editores, 1993.

RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. *MERCOSUR: integración y derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

SCOTTI, Luciana B. (ed.). *Balances y perspectivas a 20 años de la constitución del MERCOSUR*. Buenos Aires: EUDEBA, 2013.

SCOTTI, Luciana B. “Comentarios a las Disposiciones de Derecho Internacional Privado (Libro 6, Título IV)”. En BUERES, Alberto J. (dir). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2014. p. 655-741.

SCOTTI, Luciana. *Derecho Internacional Privado, Colección Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Hammurabi. 2015.

SOSA, Gualberto Lucas. “El Derecho procesal y el Derecho de integración”. En: ARAZI, Roland (ed.). *Derecho Procesal en vísperas del*

siglo XXI: temas actuales. Buenos Aires: Ediar. 1997. p. 509–547.

STRAZIUSO, Andrea. “La codificación del Derecho Internacional Privado Argentino: necesidad y modalidades en el ámbito del Derecho de Familia”. [en línea]. En: *XXVI° Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*. San Miguel de Tucumán, 2014. [consulta: 01/02/2016]. Disponible en: <<http://www.aadi.org.ar/>>

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “Dimensión judicial de los casos privados internacionales de familia y minoridad en el ámbito del MERCOSUR: Análisis en particular de las cuestiones referidas a la condición procesal de litigante foráneo, la cooperación judicial internacional, el reconocimiento de los fallos extranjeros y el valor en un Estado de los instrumentos públicos emanados de otros”. En: GROSMAN, Cecilia P. (ed.). *Hacia una armonización del derecho de familia en el MERCOSUR y países asociado.*, Buenos Aires: LexisNexis. 2007. pp. 351 – 402.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “La cooperación jurisdiccional internacional con especial referencia al ámbito del MERCOSUR y al derecho uruguayo”. En: DECITA - *Derecho del Comercio Internacional: Temas y Actualidades*. Buenos Aires: Zavalía, Volumen 4, p. 359–397.

TELLECHEA BERGMAN, Eduardo. “La cooperación jurídica internacional en el MERCOSUR: el Protocolo de Las Leñas sobre Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa”. En: ARBUET-VIGNALI, Heber, *MERCOSUR: balance y perspectivas*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria. 1996. p. 111–134.

URIONDO de MARTINOLI, Amalia. “La armonización del derecho en los países del MERCOSUR (Jurisdicción y reconocimiento de la eficacia de la sentencia extranjera)”. *La Ley Córdoba*. 1994, 337.

URIONDO de MARTINOLI, Amalia, y DREYZIN de KLOR, Adriana. “El rol de Derecho Internacional Privado en la Integración”. *La Ley Córdoba*. 1993, 72.

UZAL, María Elsa. “Breve panorama de la reforma del Derecho Internacional Privado”. En: RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (eds.). *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 2012, p. 1233-62.

UZAL, María Elsa. *El MERCOSUR en el camino de la integración: análisis evolutivo de sus principales instrumentos jurídicos*. Buenos Aires: Depalma, 1998.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NO BRASIL

CONSTITUCIONALIZACIÓN Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN BRASIL

*Raphael Carvalho de Vasconcelos**

Resumo: *O direito internacional privado sempre enfrentou questões hoje posicionadas no estudo da proteção do ser humano. O presente estudo parte de premissas relacionadas à proteção do ser humano nos planos interno e internacional para introduzir o debate acerca do direito internacional privado sob as atuais perspectivas constitucionalistas. Pretende-se analisar, ainda, a relação entre a evolução dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras e o direito internacional privado e propor, por fim, uma compreensão particular dos efeitos da constitucionalização do direito privado no direito internacional privado no Brasil.*

Resumen: *El derecho internacional privado siempre trató de temas hoy posicionados en el estudio de la protección del ser humano. La presente investigación parte de premisas relacionadas con la protección del ser humano en las esferas interna e internacional para introducir la discusión acerca del derecho internacional privado bajo las perspectivas constitucionalistas de la actualidad. Se pretende también analizar la relación entre la evolución de los derechos fundamentales en las constituciones brasileñas y el derecho internacional privado y proponer, por fin, una comprensión particular de los efectos de la constitucionalización del derecho privado en el derecho internacional privado en Brasil.*

Palavras-chave: Direitos humanos, Direitos fundamentais, Constituição, Constitucionalização, Direito internacional privado

Palabras clave: Derechos humanos, Derechos fundamentales, Constitución, Constitucionalización, Derecho internacional privado

1. INTRODUÇÃO

O reconhecimento da proteção do homem pelo direito não

*Mestre e Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo, professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Advogado. rvasconcelos@raphaelvasconcelos.com

constitui fenômeno recente. Tampouco poderia ser relacionado exclusivamente ao constitucionalismo do pós-guerra ou a instrumentos declaratórios internacionais - como a declaração universal dos direitos humanos. O direito internacional privado, por exemplo, ao regulamentar em sua gênese a situação do estrangeiro, já enfrentava questões hoje posicionadas no estudo da proteção do ser humano.

Teria o direito internacional privado sempre, sob o argumento da proteção da soberania ou claramente de direitos humanos, tratado de temas relacionados a garantias individuais? A hermenêutica constitucional não apenas impactaria a técnica, mas também sempre haverá tido nela campo bastante fértil para se desenvolver?

Com base no método dedutivo-indutivo de pesquisa, são apresentadas, na primeira parte do estudo, questões relacionadas à proteção do ser humano nos planos interno e internacional para que seja possível introduzir, em seguida, as primeiras considerações acerca do direito internacional privado sob as atuais perspectivas constitucionalistas. Na parte seguinte, pretende-se analisar a evolução dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras e sua relação com o direito internacional privado para que se possa apresentar, finalmente, uma proposta de compreensão dos efeitos da constitucionalização do direito privado no direito internacional privado no Brasil.

2. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

As controvérsias relacionadas ao reconhecimento e à proteção de direitos inerentes ao ser humano, muito além das questões substanciais, têm lugar nas dificuldades causadas pelas inúmeras nomenclaturas utilizadas para indicá-los¹. Direitos humanos, direitos da pessoa humana, garantias individuais e direitos fundamentais são apenas alguns termos adotados para denominar – algumas vezes com variações de conteúdo – o núcleo de direitos vinculados à essência dos indivíduos.

Passo importante na compreensão da evolução e da consagração das mencionadas garantias se dá na observação da maneira como os ordenamentos jurídicos locais, ao estabelecerem direitos fundamentais inegociáveis, dialogam com a doutrina da proteção internacional do ser humano². Mencionada análise pressupõe, contudo, a preliminar caracterização da forma como ocorreu o reconhecimento dos direitos dos indivíduos e, mais diretamente, o estudo do papel da positivação nesse processo.

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 179.

² Nomenclatura utilizada aqui em referência aos direitos humanos protegidos no plano interno dos países consoante, por exemplo, CAGGIANO, Monica Herman S. “Os direitos fundamentais e sua universalização”. In: *Revista Brasileira do Direito Constitucional*. 2004, n° 4, p. 760, mas utilizada também com outra acepção, como veremos abaixo. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1996. p. 253.

A incorporação de preceitos jurídicos a textos legais, uma das características basilares de grande parte do modelo jurídico ocidental moderno, segue desempenhando função determinante principalmente em países de *civil law* como o Brasil, os quais possuem ordenamentos jurídicos construídos sobre rígidas estruturas de validade das regras³.

No caso dos direitos humanos, a positivação teve lugar inicialmente na incorporação de garantias às declarações de direito modernas e às constituições dos estados-nacionais que se seguiram⁴. Desse processo histórico é de se extrair, na verdade, que a codificação acabou exercendo importante papel na evolução do reconhecimento de direitos e que sua inserção no texto dos diplomas legais internos transformou o positivismo em relevante instrumento da consolidação da doutrina da proteção do homem⁵.

Os movimentos de constitucionalização se destacaram dentre os aspectos fundantes dessas conquistas e as garantias inicialmente declaradas em documentos sem força vinculante não foram, em sua grande maioria, positivadas internamente em meros textos legais, mas acabaram sendo introduzidas no corpo das constituições que então surgiram⁶.

Nas estruturas eminentemente hierárquicas da técnica jurídica moderna – modelo ainda predominante atualmente – as garantias individuais estabeleceram-se de forma gradual no topo das pirâmides normativas dos ordenamentos jurídicos e, mediante paulatino desenvolvimento das técnicas interpretativas, acabaram adquirindo força cogente e passaram, via de regra, a vincular, como no caso brasileiro, todo o sistema legal abaixo delas⁷.

Nesse panorama, resta claro que o fenômeno da positivação de direitos individuais relacionado à chamada constitucionalização e, conseqüentemente, ao rol inegociável de preceitos protetivos contido no texto das constituições nacionais – comumente denominados direitos fundamentais – contribuiu à consagração da proteção interna, local, dos direitos humanos⁸.

Há que se advertir, entretanto, que a constitucionalização, entendida aqui não apenas como a designação de direitos que estariam no

3 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional – liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007. p. 523.

4 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política - a filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 481.

5 ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no estado constitucional democrático”. *Revista de Direito Administrativo*. 1999, nº 217, p. 60-61. e BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, tomo III, p. 10-11.

6 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 171.

7 BARROSO, Luís Roberto. “A reconstrução democrática do direito público no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (ed.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 39.

8 HENKIN, Louis. *The age of rights*. New York: Columbia University Press, 1990. p. 32. y COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 57-58.

ápice normativo de um ordenamento jurídico, mas como instituidora de normas – regras e princípios – que possuem materialidade informadora do todo jurídico e estabelecem padrão hermenêutico impositivo ao sistema legal a elas submetido, ainda que vinculada logicamente a determinados eventos modernos, sistematiza o reconhecimento de direitos que muito antes desse momento histórico se apresentavam como superiores, conformadores de uma categoria especial de preceitos⁹.

Existe um grupo de direitos fundamentais – o qual integram o direito à vida, à liberdade de ir e vir e de consciência – que tende a ser considerado hoje como essencial para que se reconheça o respeito aos direitos humanos e, portanto, ao direito internacional. Tais direitos possuem, entretanto, conteúdo aberto e são passíveis de dotações de conteúdos distintos nos diversos ordenamentos específicos¹⁰. A regra, assim, é que eles devem ser reconhecidos em um sistema legal local, mas seu conteúdo mínimo exigível, por exemplo, constitui um das questões mais sensíveis do direito na atualidade.

No Brasil, a definitiva consolidação dos direitos humanos no plano interno ocorreu com a promulgação da constituição federal de 1988, a qual possui como núcleo central os chamados direitos fundamentais expressos principalmente no arcabouço principiológico contido em seus primeiros artigos e especialmente no corpo de seu extenso artigo quinto¹¹.

Da leitura da carta de direitos brasileira percebe-se nítida opção do legislador originário pela textura aberta da terminologia empregada na redação desses princípios fundamentais, os quais, muitas vezes, estabelecem garantias que necessitam de atividade legislativa ordinária ou de forte trabalho hermenêutico efetuado no caso concreto para a aquisição da devida eficácia. A amplitude conceitual dos direitos fundamentais constitui hoje, de fato, uma de suas maiores características e exatamente valendo-se de toda essa plasticidade surge a adaptabilidade funcionalizadora de seu papel hermenêutico¹².

A constituição desempenha atualmente inegável função de guardiã dos direitos humanos no ordenamento brasileiro, mas a extensão das garantias individuais ultrapassa, contudo, o catálogo estabelecido em seu texto e abrange, por exemplo, preceitos inseridos no corpo de

9 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 71 e ss. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 378. y MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 1.

10 HAMBURGER, Ernest. “Droits de l’homme et relations internationales”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1957 II, tome 97, p. 300-301.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 74.

12 A utilização do termo “plástica” aqui não se refere necessariamente à classificação das constituições pela plasticidade, mas tão somente à adaptabilidade vislumbrada. KLATAU FILHO, Paulo. “Universalismo versus relativismo cultural – Legitimidade da concepção cosmopolita dos direitos humanos”. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo. 2004, n° 4, p. 73.

tratados sobre a proteção do ser humano¹³.

Outra importante ressalva quanto ao conteúdo dos dispositivos da constituição brasileira diz respeito à existência em seu corpo não apenas de elementos principiológicos consagradores de direitos fundamentais. O reconhecimento dos direitos humanos – o qual não se restringe à parte expressamente indicada como fundamental – compartilha espaço com preceitos de nenhuma carga axiológica no texto da lei maior de 1988 em uma distribuição topográfica nem sempre coerente que mescla muitas vezes no mesmo artigo genuínas normas e meras leis constitucionais¹⁴.

A proximidade dos legisladores originários pode ser, de certo, apontada como uma externalidade do positivismo repercutida no tamanho dos textos constitucionais, os quais acabam se tornando, como a carta federal nacional, documentos extremamente longos. Não por esse motivo, entretanto, a importância dos direitos humanos – direitos fundamentais – ali consagrados pode ser depreciada ou diminuída¹⁵.

Conforme ressaltado anteriormente, o reconhecimento da proteção do homem pelo direito não pode ser tratado como recente e reduzido exclusivamente ao constitucionalismo do pós-guerra ou à declaração universal dos direitos humanos¹⁶. O direito internacional privado desde sempre enfrentou questões hoje posicionadas no estudo da proteção do ser humano. Não se trata, portanto, de algo novo.

3. CONSTITUCIONALISMO E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

A aceção global da exigência da proteção do homem – difundida hoje, mormente, por meio da incorporação de um rol de direitos individuais às constituições - pode ser fundamentada pela percepção dos mesmos como resultado do reconhecimento de preceitos supostamente comuns a todas as culturas¹⁷.

A abordagem universalista dos direitos humanos - tão característica da doutrina ocidental - que se reflete, por exemplo, na quase desnecessidade da justificação dos direitos fundamentais no Brasil, faz com que a doutrina jurídica atual se concentre principalmente

13 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87. Especificamente quanto à posição dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 4.

14 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 40.

15 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política - a filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 506.

16 MANDELSTAM, André N. "La protection internationale des droits de l'homme". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1931-IV, tome 38, p. 129.

17 VASAK, Karel. "Le droit international des droits de l'homme". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1974-IV, tome 140, p. 404.

na implementação dessas conquistas e não em sua fundamentação¹⁸.

O conceito aberto de dignidade humana surge, nesse contexto, como elemento central da sustentação teórica dos direitos relacionados à proteção do homem. Esse axioma se revela e teria sua própria razão de ser na eterna busca dos indivíduos pela sobrevivência, é dizer, no próprio direito à vida e em sua preservação¹⁹.

Percebe-se, assim, nos sistemas positivistas, isto é, na modernidade jurídica e das codificações a ela inerentes, que a dignidade como princípio sempre foi utilizada para preencher as lacunas das regras e constitui atualmente um dos principais nexos valorativos que orientam o legislador na produção do direito²⁰.

O conceito de dignidade foi incorporado a diversas constituições ocidentais e essas acabaram influenciando o direito internacional privado. Observa-se, por um lado, que nos sistemas de *civil law*, que adotam uma carta magna escrita, a influência do constitucionalismo no conflito de leis e de jurisdições se mostra inerente à estrutura hierárquica das normas.

Nos sistemas costumeiros, por outro lado, a absoluta falta de necessidade de atividade legislativa específica para a incorporação de princípios ao ordenamento costuma tornar o reconhecimento de direitos mais fácil e, portanto, mais simples a ocorrência da influência descrita. Isso não se mostra, contudo, tão nítido quando a ordem normativa não possui uma constituição escrita, como no Reino Unido.

De fato, ao se compararem as aplicações das regras de conflito, por exemplo, nos Estados Unidos e na Inglaterra, os princípios inseridos na constituição daquele permeiam de maneira sistemática seu sobredireito, algo que ocorre de maneira assistemática – mas não menos eficiente – no direito insular pela simples inexistência de uma carta maior²¹.

O estudo de experiências de sistemas legais alienígenas se faz importante porque ao mesmo tempo em que o direito internacional privado se submete à constituição dos estados e se insere nas ordens jurídicas por elas regidas, suas regras funcionam como canal natural para o diálogo entre ordenamentos²². A técnica jusprivatista constitui, conforme apontado anteriormente, ambiente ideal do direito comparado.

18 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 45.

19 DOLINGER, Jacob. “Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica”. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. 2010, ano 18, vol 70, p. 28-29.

20 DOLINGER, Jacob. “Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica”. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. 2010, ano 18, vol 70, p. 68.

21 GRAVESON, Ronald H. “The comparative evolution of principles of the conflict of laws in England and the U.S.A.”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1960-I, tome 99, p. 112.

22 GRAVESON, Ronald. “Problems of private international law in non-unified legal systems”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, 1974-I, tome 141, p. 198.

De volta à perspectiva da *civil law*, é de se observar que as novas experiências constitucionalistas da segunda metade do século XX trouxeram consigo também desafios. O reconhecimento de direitos fundamentais pelas constituições, muitas vezes diversos daqueles listados na ordem constitucional anteriormente regente, produziram freqüentes necessidades de adaptação dos conjuntos normativos preexistentes.

O direito constitucional anterior continha valores protetivos ao ser humano, mas a definitiva inserção dos mesmos nas cartas de direito ocorreu ao longo do século XX. A mesma lógica se aplica também ao direito internacional privado.

Nesse sentido, profundas reformas normativas – por poder constituinte originário – fizeram-se necessárias nos últimos quarenta anos em países como Portugal, Espanha e Grécia. Mas mesmo em estados com constituições não tão recentes, como a Alemanha, a evolução do conteúdo de direitos promovida no âmbito constitucional exigiu igualmente adaptações do ordenamento jurídico como um todo²³.

O Brasil ainda se encontra nesse processo após a promulgação da constituição de 1988. Em relação a temáticas específicas da técnica conflitual, avanços ainda se fazem necessários, por exemplo, no tratamento dos estrangeiros, mormente no estatuto que regulamenta sua condição jurídica internamente. Nada disso serve, entretanto, para justificar o argumento de que o direito internacional privado no Brasil foi apresentado aos direitos humanos pela primeira vez quando da exegese dos direitos fundamentais inseridos no texto maior de 1988²⁴.

De fato, até a década de 60 pouco se havia escrito sobre a relação existente entre direito constitucional e o direito internacional privado, mas o módico estudo do assunto não significa sua inexistência anterior²⁵.

Mesmo que se admita hoje a agressiva influência do direito constitucional na técnica conflitual – ressaltando-se, uma vez mais, que neste estudo se sustenta clara influência recíproca – a incorporação de preceitos valorativos ao sistema jurídico como um todo não se deu em momento único, é dizer, quando da aprovação da declaração de direitos universal no pós-guerra ou da promulgação de novas constituições pelos estados. Essa consolidação constituiu verdadeiro processo. Dinâmicas que levaram décadas para se consolidar e serem percebidas, por exemplo, em estados como o alemão²⁶.

23 JAYME, Erik. “Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1982-IV, tome 177, p. 21-22.

24 Tal afirmação, apesar de discordar, não desconsidera posições doutrinárias em sentido contrário, como em BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, tomo III. p. 4-5.

25 KEGEL, Gerhard. “The crisis of conflict of laws”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964-II, tome 112, p. 166.

26 KEGEL, Gerhard. “The crisis of conflict of laws”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964-II, tome 112, p. 196.

A natureza das normas de uma constituição converte a relação existente entre o método conflitual e o constitucionalismo em traço da inserção do direito público na disciplina jusprivatista internacional. A presença dos direitos fundamentais no direito internacional privado torna hoje praticamente impossível, portanto, que esse seja conhecido sem que se considerem premissas publicistas. Tudo isso, gize-se, mesmo que sua aplicação se mantenha restrita eminentemente às relações privadas.

A perspectiva da inovação empreendida pela atual concepção dos direitos humanos na ordem internacional e dos direitos fundamentais nas constituições tende ao engano de se tratar toda conquista como novidade. Busca-se a proteção das minorias hoje, muitas vezes, como se constituísse criação teórica exclusivamente contemporânea. A proteção de grupos de indivíduos vulneráveis tem na história, entretanto, antecedentes bastante claros, por exemplo, na incorporação de princípios religiosos ao direito²⁷.

De uma forma ou de outra e sempre se afastando a perspectiva da novidade, a modernidade – e a pós-modernidade ou contemporaneidade – exigem atualmente do direito internacional privado uma construção doutrinária crítica capaz de ser atemporal e de incorporar em seu estudo os princípios reconhecidos ou reforçados pela doutrina da proteção do homem nos últimos 100 anos²⁸. Tal incorporação deve se dar tanto na observação das declarações e convenções internacionais quanto das constituições vigentes na atualidade²⁹.

Em termos práticos e de forma meramente exemplificativa, ainda que – mesmo hoje – sejam admitidas determinadas diferenças de gênero por lei, como nos critérios para o serviço militar, diferenças relacionadas à raça ou religião já não são mais consideradas aceitáveis. Essa lógica tão presente nas doutrinas constitucionalistas fundadas nos direitos fundamentais vale também para o sobredireito, o qual acompanha e – muitas vezes – antecipa essa evolução, tal qual se deu no reconhecimento dos efeitos de casamentos entre pessoas do mesmo sexo realizados em um estado por outro³⁰.

Sempre na vanguarda da proteção do ser humano, a igualdade de gênero é tema debatido profundamente pela doutrina do direito internacional privado desde, ao menos, o início do século XX. A respeito podem ser mencionadas, por exemplo, as críticas à nacionalidade

27 REDSLOB, Robert. “Le principe des nationalités”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1931, tome 37, p. 57-58.

28 FRANKENSTEIN, Ernst. “Tendances nouvelles du droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1930-III, tome 33, p. 278.

29 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, tomo II. p. 4.

30 ALMEIDA, Bruno Rodrigues. “O Reconhecimento dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito transnacional: pluralismo, dignidade e cosmopolitismo nas famílias contemporâneas”. [Tese de Doutorado]. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2012. p. 351.

compulsória da mulher casada, as quais resultaram em modificações nas legislações protetivas e permitiram o surgimento de soluções mais justas ainda na primeira metade do século passado³¹.

A igualdade de gêneros, portanto, debatida pela filosofia, sociologia e pelos constitucionalistas que reconheceram as primeiras cartas realmente protetivas, também esteve presente no plano acadêmico do conflito de leis, o qual contribuiu à evolução da proteção do ser humano pelo direito. Tem-se aqui nítida situação, na qual o conflito de leis não foi apenas induzido pelas conquistas relacionadas aos direitos humanos e assumiu papel claramente indutor no processo.

Assuntos característicos do direito público, como a preocupação com crianças e com a juventude também permearam a elaboração de legislações protetivas de direito privado – e internacional privado. Essa sinergia temática constitui hoje fenômeno presente no direito como um todo³². Direito privado e direito público acabam se aproximando e mais uma vez público e privado se entrelaçam no conflito de leis e de jurisdições³³.

A presença de preocupações publicistas na técnica conflitual constitui algo inerente à disciplina. O direito internacional privado sempre, sob o argumento da proteção da soberania ou claramente de direitos humanos, tratou de temas como o direito de família com clara perspectiva publicista³⁴. O fenômeno descrito tem conseqüências, inclusive, nos tratados sobre temas de direito internacional privado que acabam regulamentando questões consideradas essencialmente pertencentes ao direito público interno dos estados³⁵.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O reconhecimento de direitos fundamentais pelas constituições brasileiras não constitui novidade, ainda que parte da doutrina construa elaborações teóricas que aparentemente sustentam o contrário. Não se faz difícil encontrar, nesse sentido, afirmações de estudiosos que parecem expressar entendimento de que não havia direitos fundamentais no Brasil antes de 1988. Grande equívoco.

A ausência de ineditismo da matéria na ordem jurídica nacional não significa, entretanto, que a atual constituição não tenha trazido

31 BARBOSA DE MAGALHAES, José Maria. “La doctrine du domicile en droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1928-III, tome 23, p. 17.

32 STEIGER, Werner E. “La protection des mineurs en droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964-II, tome 112, p. 481.

33 STEIGER, Werner E. “La protection des mineurs en droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964 II, tome 112, p. 485.

34 RIPHAGEN, W. “The relationship between public and private law and the rules of conflict of laws”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1961-I, tome 102, p. 221.

35 STEIGER, Werner E. “La protection des mineurs en droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964-II, tome 112, p. 482.

novos elementos à evolução desses direitos. O novo texto representa a consolidação definitiva dos direitos humanos no plano interno ao assinalar os direitos fundamentais - contidos em seus primeiros artigos e especialmente no corpo de seu extenso artigo quinto - como verdadeiro arcabouço normativo hábil a instruir toda a ordem jurídica³⁶.

Ressalva-se, nesse sentido, a opção bastante clara do legislador originário pelo uso de termos amplos - de sentido aberto - ao dispor sobre direitos relacionados ao ser humano. Ainda que extremamente garantista, uma carta de direitos com tais características pode ter a força normativa de seus preceitos comprometida e exige constante atividade legislativa ordinária ou intenso exercício hermenêutico para a aquisição da eficácia devida³⁷.

Esse fenômeno - de verdadeira cristalização de princípios em regras pelo legislador originário de 1988 - sistematizou a funcionalidade da proteção do indivíduo como vetor axiológico harmonizador de todo o ordenamento jurídico brasileiro³⁸. Os tribunais, que antes aplicavam garantias limitando-se, em regra, a extrair a normatividade do texto legal, passaram a exercer cada vez mais a concretude ao fixar o conteúdo da normativa constitucional deixado em aberto, muitas vezes, pelo legislador.

Em grande medida, gize-se, a consolidação da conformidade com os direitos fundamentais inseridos no texto constitucional, é dizer, da guarda da moralidade traduzida nos princípios, como preceito inerente à atividade jurisdicional deu-se, no Brasil, não por expressa vontade do legislador, mas pela atividade dos órgãos judicantes³⁹. O juiz não observa, assim, apenas a conformidade da regra ou do ato com o texto da constituição, mas sua harmonia com o consenso moral social contido nos termos abertos que regulamentam a proteção do homem no Brasil.

Interessante se faz perceber que no direito geral costuma-se associar a evolução de determinado ramo com a jurisprudência aos países de *common law*. No caso do direito internacional privado, não apenas há considerável evolução jurisprudencial em países que adotam a lei escrita - decorrente, inclusive, da mesma amplitude conceitual observada no direito constitucional atual freqüentemente adotada pelas legislações de conflitos de leis, como nessas ordens legais aparentemente

36 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 74.

37 A utilização do termo "plástica" aqui não se refere necessariamente à classificação das constituições pela plasticidade, mas tão somente à adaptabilidade vislumbrada. KLATAU FILHO, Paulo. "Universalismo versus relativismo cultural - Legitimidade da concepção cosmopolita dos direitos humanos". In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo, 2004, n° 4, p. 73.

38 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 65-66.

39 NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 73.

mais estáveis ele tende claramente a evoluir por essa via mais que naquelas de estrutura costumeira. O juiz do *civil law* tem que se ater ao texto escrito, mas consegue exercer maior liberdade em relação a seu conteúdo que um aplicador do direito do *common law*, o qual se vê atrelado ao *stare decisis*⁴⁰.

No Brasil, a atividade jurisdicional busca suporte principalmente nos princípios contidos essencialmente na primeira parte do texto constitucional, o qual se destaca por seu conteúdo claramente informador. O atual constitucionalismo brasileiro costuma alegar, nesse sentido, que a observância compulsória dos preceitos que integram esse rol de direitos fundamentais contribuiria tanto para assegurar a proteção do homem quanto para auxiliar a construção e a implementação dos direitos humanos⁴¹.

A submissão da ordem legal aos preceitos estabelecidos na carta maior encontra-se atualmente bastante desenvolvida em áreas como o direito civil, o direito penal e o direito administrativo. Cabe investigar, nesse ponto, como a sistemática dos princípios fundamentais se relaciona com o direito internacional privado e se houve alterações nessa relação a partir de 1988.

O sobredireito privado se encontra extremamente vinculado ao estado e ao poder soberano que o compõe. Não faz sentido, entretanto, restringir à função legislativa a ação construtiva do desse direito. No conflito de leis e de jurisdições, a jurisprudência exerce importante papel e os tribunais freqüentemente criam e modificam as regras do sobredireito privado⁴².

A influência dos textos constitucionais na ordem jurídica brasileira como um todo não constitui algo recente e já se dava claramente, por exemplo, no contexto normativo da constituição de 1946. A incorporação dos direitos humanos não ocorreu, portanto, em 1988 e já se exigia antes do direito internacional privado - tal qual dos outros ramos do direito - a harmonização com as normas constitucionais⁴³.

A suposta autonomia teórica das regras de conflito em relação ao ordenamento jurídico apresenta-se, portanto, de forma exclusivamente

40 CAVERS, David F. Contemporary conflicts law in American perspective. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1970 II, tome 131, p. 91-92.

41 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 351.

42 AUDIT, Bernard. "Le droit international privé en quete d'universalité : cours général (2001)". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 2003, tome 305, p. 28-29. Também MAYER, Pierre. "Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé : cours général de droit international privé". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 2007, tome 327, p. 360.

43 DOLINGER, Jacob. "Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica". *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. 2010, ano 18, vol 70, p. 71 e ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 23.

aparente. Aparência recorrentemente refletida na doutrina brasileira anterior a 1988 e que não necessariamente traduzia o posicionamento desse grupo de regras na ordem jurídica.

Oscar Tenório, por exemplo, sistematizou em sua principal obra de direito internacional privado toda a técnica aplicável às relações multiconectadas descrevendo – por diversas vezes – mecanismos aplicáveis a situações que outorgam direitos a estrangeiros ou protegem os herdeiros brasileiros sem nunca se referir ao caráter protetivo do ser humano tão nítido em seu objeto de estudo⁴⁴.

Situação semelhante ocorre, por exemplo, também na proteção concedida ao cônjuge e aos filhos brasileiros inserida no texto da constituição de 1988, a qual pode, à primeira vista, parecer esforço protetivo contemporâneo decorrente de alguma doutrina jurídica de amparo ao indivíduo menos favorecido em determinada situação jurídica.

Tal percepção não corresponde, entretanto, à realidade. Com origens na ordem jurídica brasileira do império e constitucionalizada em 1934, essa construção jurídica que garante direitos aos nacionais já estava contida, por exemplo, na Introdução ao Código Civil de 1916 e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942, ambos os instrumentos legais basilares do direito internacional privado no Brasil⁴⁵.

A técnica de conflitos acompanhou também, por exemplo, a evolução das legislações ao longo do século XX ao substituir – de maneira lenta, mas sistemática – as previsões que favoreciam a condição jurídica do homem em detrimento da mulher em temas de direito de família regulamentados pelo direito internacional privado⁴⁶. A perspectiva igualitária do sobredireito atual não é resultado exclusivo, portanto, da isonomia de gênero fixada definitivamente em 1988, mas já de todas as conquistas anteriores.

A promulgação da constituição de 1988 estabeleceu, de fato, a igualdade de gênero como parâmetro instrutor da ordem jurídica⁴⁷. Nesse sentido, se – por um lado – a finalidade do preceito legal era eliminar qualquer dúvida subsistente quanto aos direitos da mulher na sociedade brasileira, a consolidação dessa igualdade fez com que não se justificasse a subsistência de legislação protetiva específica que colocasse os indivíduos

44 TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, vol I. e TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, vol II.

45 RODAS, João Grandino. “Choice of law rules and the major principles of brazilian private international law”. In: DOLINGER, Jacob; ROSENN, Keith S. *Panorama of Brazilian law*. Miami and Rio de Janeiro: North-South Center and Esplanada Ltda., 1992. p. 333.

46 UBERTAZZI, Giovanni Maria. “Règles de non-discrimination et droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1977-IV, tome 157, p. 371.

47 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. “In verbis”: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

do sexo feminino em desigualdade formal com os de sexo masculino.

A nova constituição não deve ser, assim, considerada um marco zero protetivo, mas inegável se faz que o contexto histórico posterior a 1988 – de retorno à democracia e maior liberdade – permitiu a consolidação mais rápida de conquistas relacionadas a direitos fundamentais. A exegese feita, por exemplo, do referido princípio constitucional da igualdade sob a perspectiva material, provocou o surgimento de posicionamentos – não unânimes na doutrina – quanto à necessidade de a lei processual estabelecer para as relações multiconectadas que tratem de separação, divórcio ou anulação de casamento, também o domicílio da mulher como parâmetro para a fixação da competência – e da jurisdição – para casos de direito de família⁴⁸.

O reconhecimento de que a proteção do homem pelo direito internacional privado se deu em momento anterior não significa compreender que a atual constituição não trouxe novos paradigmas à evolução do sobredireito. A hermenêutica constitucional não apenas impacta a técnica, mas também tem nela campo bastante fértil para se desenvolver.

Extremamente importante se faz observar, ainda, que tampouco o papel informador axiológico dos textos constitucionais consubstancia algo recente. A proteção constitucional do ser humano não foi inaugurada na ordem jurídica brasileira em 1988. O rinoceronte já existia, portanto, antes da inauguração do zoológico. Em todas as constituições anteriores já se exigia a harmonização de todo o sistema com as normas da lei maior.

A constituição de 1988 não pode ser considerada inaugural na proteção do homem, ainda que seja possível admitir que a partir dela a consolidação das conquistas relacionadas às garantias individuais se deu de maneira mais sistemática e evoluiu com maior celeridade⁴⁹.

5. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

É de se ressaltar, de plano, que o estudo do direito internacional privado à luz da ordem principiológica constitucional não significa, a partir do que aqui se propõe, o desenvolvimento de investigação vazia de pretensa “constitucionalização”. Pelo contrário, pretende-se empreender análise crítica da relação existente entre os direitos fundamentais contidos nos axiomas constitucionais e o conflito de leis e de jurisdições.

Nesse sentido, a obrigatoriedade constitucional de motivação das decisões judiciais e a necessidade de harmonização do sobredireito com as conquistas da doutrina dos direitos humanos – contidos no

48 DOLINGER, Jacob. “Brazilian international procedural law”. In: DOLINGER, Jacob; ROSENN, Keith S. *Panorama of Brazilian law*. Miami and Rio de Janeiro: North-South Center and Esplanada Ltda., 1992. p. 355.

49 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, tomo III. p. 8.

texto de 1988 – vinculam o magistrado aos direitos fundamentais não apenas como um padrão hermenêutico, mas como fonte última da fundamentação de seus pronunciamentos⁵⁰.

Tem-se admitido freqüentemente que a decisão judicial tomou novos contornos nos últimos anos e contribuiu à efetivação das garantias estabelecidas no texto maior. Esse novo papel da jurisprudência se aplica, principalmente, em ramos, nos quais o ofício do julgador é fundamental, como no direito internacional privado⁵¹.

O uso da proteção do indivíduo como argumento nos tribunais fez-se mais nítido e sistemático, mas não se pode entender que os direitos fundamentais apenas tiveram lugar contundente na evolução da ordem jurídica brasileira a partir de 1988⁵². Os direitos humanos não foram, tampouco, inventados em 1948. No que se refere pontualmente à declaração universal, houve ali, na verdade, a construção de uma síntese daquilo que a maior parte das ordens jurídicas positivas dos estados já reconheciam como direitos fundamentais dos indivíduos⁵³.

O direito internacional privado é um dos ramos do direito que mais promoveram a justiça e que mais possui meios de fazê-lo. Trata-se de um conjunto de normas extremamente adaptável às circunstâncias de tempo e espaço que lhe são apresentadas⁵⁴. Nesse sentido, a versatilidade tão aclamada pelos constitucionalistas da atualidade não seria novidade no conflito de leis e de jurisdições. Trata-se de um sistema legal pioneiro, eficiente e que sempre promoveu a justiça e a proteção dos direitos humanos.

Exemplos práticos desse pioneirismo no Brasil podem ser observados na constante assimilação de novos paradigmas processuais como, por exemplo, ocorreu com a eliminação da exigência de reciprocidade na homologação de sentenças estrangeiras⁵⁵. Essa extrema adaptabilidade histórico-sociológica constitui característica marcante

50 BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. “In verbis”: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” 51 ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 18-19.

52 DOLINGER, Jacob. “Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica”. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. 2010, ano 18, vol 70, p. 70-71.

53 YASSEEN, Mustafa Kamil. “Principes généraux de droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1965-III, tome 116, p. 459.

54 LOUSSOUARN, Yvon. “Cours général de droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1973 II, tome 139, p. 276.

55 DOLINGER, Jacob. “Brazilian international procedural law”. In: DOLINGER, Jacob; ROSENN, Keith S. *Panorama of Brazilian law*. Miami and Rio de Janeiro: North-South Center and Esplanada Ltda., 1992.p. 375.

da disciplina que – por meio do trabalho contínuo de seus teóricos e aplicadores – sempre promoveu o reconhecimento de direitos e exerceu papel construtivo na proteção do indivíduo.

O respeito ao ser humano, que no texto constitucional na dignidade humana encontra preceito nuclear, não surgiu no Brasil, portanto, em 1988⁵⁶. Percebe-se, nesse sentido, que o reconhecimento do valor do outro não constitui novidade na organização social humana. Nem seu desrespeito, o vilipêndio e a violação de direitos individuais. Leis podem auxiliar a proteção do ser humano, mas não são suficientes para garantir o respeito à dignidade humana⁵⁷. Daí a importância dos aplicadores do direito e da decisão judicial nessa dinâmica.

O direito internacional privado sofre, a partir de todo o mencionado, clara influência de outros ramos jurídicos – hoje, principalmente, dos direitos fundamentais, isto é, da concepção interna dos direitos humanos. Por outro lado e contrariamente, o método conflitual exerce grande influência nos outros ramos do direito ao estabelecer parâmetros e influenciar sua evolução⁵⁸.

Vários são os exemplos de proteção de direitos fundamentais no Brasil por meio do direito internacional privado antes mesmo do reconhecimento dos princípios pela doutrina definitivamente como axiomas informativos de toda a ordem jurídica interna. No direito civil, por exemplo, a exegese constitucional é frequentemente anunciada como única responsável pela aplicação da perspectiva protetiva do homem aos institutos tipicamente de direito privado, mas essa espécie de proteção sempre ocorreu no conflito de leis e jurisdições.

Um juiz de primeiro grau do Rio Grande do Sul, por exemplo, determinou o registro de certidão de união entre brasileiro e inglês, realizada na Inglaterra, por entender que a união civil entre dois homens teria os mesmos efeitos do casamento⁵⁹. O magistrado o fez entendendo que o artigo 1544 do Código Civil brasileiro seria aplicável também a esse tipo de relação, ainda que o dispositivo se referisse exclusivamente a casamento⁶⁰.

56 DOLINGER, Jacob. “Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica”. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. 2010, ano 18, vol 70, p. 71.

57 DOLINGER, Jacob. “Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/pós-positivismo. A visão judaica”. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. 2010, ano 18, vol 70, p. 85-86.

58 DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 26. Também TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, vol I. p. 26.

59 Citando o Boletim IBDFAM nº 249, de 05/06/2012, ALMEIDA, Bruno Rodrigues. “O Reconhecimento dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito transnacional: pluralismo, dignidade e cosmopolitismo nas famílias contemporâneas”. [Tese de Doutorado]. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2012. p. 245.

60 BRASIL. *Código Civil brasileiro de 2002*. “In verbis”: “Art. 1.544. O casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, deverá

O direito internacional privado constituiu, portanto, porta de entrada de situação de fato que instou posicionamento do poder judiciário, hoje sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal no acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277⁶¹. Em outro exemplo de semelhante papel inovador da disciplina na proteção do homem, tem-se a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça de Sentença Estrangeira - SE 4525/EUA, que reconhecia adoção de criança, havida por técnica de reprodução assistida, pelo parceiro civil norte-americano do pai biológico brasileiro⁶².

A regulamentação interna do direito internacional privado provocou sua especificação e inserção nos sistemas locais, hierárquicos, que possuem na constituição o ápice normativo. Sua existência é, entretanto, anterior à constitucionalização. O direito internacional privado acabou mantendo certa autonomia e desenvolveu-se de maneira paralela - em codificação quase independente, muitas vezes⁶³. O conflito de leis, antes eminentemente geral, adquiriu aos poucos características locais e, lançando mão de nomenclatura em voga na doutrina dos direitos humanos, passou - há dois séculos - do universalismo ao multiculturalismo.

A disciplina antecede, assim, a própria idéia de estado e, portanto, as constituições. Normas constitucionais não conformam, assim, condição para que a técnica conflitual promova a proteção do ser humano. O uso do direito internacional privado para a promoção da justiça pode, inclusive, servir para viabilizar maior segurança e previsibilidade ao evitar a aplicação de normas constitucionais de sentido aberto⁶⁴. Nesse sentido, se as regras de conflito parecem muitas vezes ambíguas e amplas, as constitucionais - principalmente as que tratam de direitos fundamentais - costumam ser ainda mais⁶⁵.

A busca da proteção do ser humano pode ser inferida nas origens do direito internacional privado. Os estudos do impacto das doutrinas constitucionalistas de direitos fundamentais na matéria devem ser realizados com responsabilidade e cuidado para que não seja ignorada

ser registrado em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.”

61 STF, ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, Publicado no DJU 14/10/2011, p.341.

62 ALMEIDA, Bruno Rodrigues. “O Reconhecimento dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito transnacional: pluralismo, dignidade e cosmopolitismo nas famílias contemporâneas”. [Tese de Doutorado]. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2012. p. 335. STJ, SE nº 4.525, EUA. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Publicado no DJU de 02/08/2010.

63 LEWALD, Hans. “La théorie du renvoi”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, 1929-IV, tome 29, p. 520.

64 “Buscando apresentar um conceito à segurança jurídica”, ROSADO, Marilda (ed.). *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 49-50.

65 KEGEL, Gerhard. “The crisis of conflict of laws”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964 II, tome 112, p. 196.

sua razão de ser histórica. A proteção do homem pelo método de conflito é anterior ao constitucionalismo e essa é uma questão extremamente relevante em qualquer estudo que apregoe a “constitucionalização” desse conjunto normativo⁶⁶.

A adaptabilidade – característica da doutrina constitucionalista da atualidade - não constitui novidade na técnica conflitual. Trata-se de característica inerente ao conflito de leis. O direito internacional privado muitas vezes protegeu direitos fundamentais no Brasil antes mesmo do reconhecimento de princípios que os fundamentassem e as semelhanças entre ele e a constituição podem ser verificadas, por exemplo, na amplitude conceitual de vários valores presentes no método e nas cartas de direitos.

O fato de o direito internacional privado ser anterior às constituições exclui a própria existência das mesmas como condição para que a disciplina promova a proteção do homem. O indivíduo e sua proteção se encontram nas origens do sobredireito privado e qualquer estudo contemporâneo que sustente sua constitucionalização não pode ignorar tal característica.

CONCLUSÃO

A correta compreensão da consagração das garantias jurídicas aos indivíduos passa necessariamente pela identificação da forma como sistemas normativos locais, ao fixarem direitos fundamentais, dialogam com a doutrina da proteção internacional do ser humano.

Movimentos de constitucionalização destacaram-se, nesse contexto, no qual garantias inicialmente declaradas em documentos sem força vinculante acabaram incorporadas aos textos das constituições nacionais. A positivação contribuiu, portanto, à consagração da proteção local dos direitos humanos. No Brasil, a definitiva consolidação normativa desses direitos e garantias se deu com a promulgação da constituição federal de 1988, a qual possui como núcleo central os chamados direitos fundamentais.

Ainda que se observe hoje forte influência da teoria constitucional no conflito de leis e de jurisdições, a incorporação de preceitos valorativos à técnica jurídica não ocorreu de uma só vez. As referidas declarações e as novas constituições constituem apenas marcos em longos processos.

O valor axiológico do instrumental publicista protetivo atual se reflete também na disciplina jusprivatista internacional, mas a presença de preocupações dessa natureza é inerente ao método e o acompanhou desde suas origens. O direito internacional privado sempre, sob o

⁶⁶ WORTLEY, Ben Atkinson. “The general principles of private international law from the English standpoint”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1947-II, tome 71, p. 20.

argumento da proteção da soberania ou claramente de direitos humanos, tratou de temas como o direito de família.

Na primeira parte deste estudo, foram apresentadas questões relacionadas à proteção do ser humano nos planos interno e internacional para que se pudesse introduzir, em seguida, as primeiras considerações acerca do direito internacional privado sob as atuais perspectivas constitucionalistas. Na parte seguinte, pretendeu-se analisar a evolução dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras e sua relação com o direito internacional privado para que se pudesse apresentar, finalmente, uma proposta de compreensão dos efeitos da constitucionalização do direito privado no direito internacional privado no Brasil.

Resta consignar, por fim, que os princípios e regras de direito internacional privado antecedem a sistemática constitucional moderna e que esse panorama exclui a própria existência das cartas constitucionais como condição para que a disciplina promova a proteção do homem. O indivíduo e sua proteção encontram-se nas origens do sobredireito privado e qualquer estudo contemporâneo que sustente sua constitucionalização não pode ignorar tal característica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. “Direitos fundamentais no estado constitucional democrático”. *Revista de Direito Administrativo*. 1999, n° 217,

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ALMEIDA, Bruno Rodrigues. “O Reconhecimento dos casamentos e parcerias entre pessoas do mesmo sexo no direito transnacional: pluralismo, dignidade e cosmopolitismo nas famílias contemporâneas”. [Tese de Doutorado]. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2012. 351 f.

ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AUDIT, Bernard. “Le droit international privé en quete d’universalité : cours général (2001)”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 2003, tome 305, p. 28-29.

BARBOSA DE MAGALHAES, José Maria. “La doctrine du domicile en droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1928-III, tome 23, p. 17.

BARROSO, Luís Roberto. “A reconstrução democrática do direito público no Brasil”. In: BARROSO, Luís Roberto (ed.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 39.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, tomo II.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, tomo III.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política - a filosofia e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CAGGIANO, Monica Herman S. “Os direitos fundamentais e sua universalização”. In: *Revista Brasileira do Direito Constitucional*. 2004, n° 4.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006.

CAVERS, David F. Contemporary conflicts law in American perspective. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1970 II, tome 131, p. 91-92.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOLINGER, Jacob. “Brazilian international procedural law”. In: DOLINGER, Jacob; ROSENN, Keith S. *Panorama of Brazilian law*. Miami and Rio de Janeiro: North-South Center and Esplanada Ltda., 1992. p. 355.

DOLINGER, Jacob. “Dignidade: o mais antigo valor da humanidade. Os mitos em torno da declaração universal dos direitos do homem e da constituição brasileira de 1988. As ilusões do pós-modernismo/ pós-positivismo. A visão judaica”. *Revista do Direito Constitucional e Internacional*. 2010, ano 18, vol 70, p. 28-29.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Direito constitucional – liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007.

FRANKENSTEIN, Ernst. “Tendances nouvelles du droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1930-III, tome 33, p. 278.

GRAVESON, Ronald. “Problems of private international law in non-unified legal systems”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, 1974-I, tome 141, p. 198.

GRAVESON, Ronald H. “The comparative evolution of principles of the conflict of laws in England and the U.S.A.”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1960-I, tome 99, p. 112.

HAMBURGER, Ernest. "Droits de l'homme et relations internationales". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1957 II, tome 97, p. 300-301.

HENKIN, Louis. *The age of rights*. New York: Columbia University Press, 1990.

JAYME, Erik. "Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1982-IV, tome 177, p. 21-22.

KEGEL, Gerhard. "The crisis of conflict of laws". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964-II, tome 112, p. 166.

KLATAU FILHO, Paulo. "Universalismo versus relativismo cultural – Legitimidade da concepção cosmopolita dos direitos humanos". In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. São Paulo. 2004, n° 4, p. 73.

LEWALD, Hans. "La théorie du renvoi". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, 1929-IV, tome 29, p. 520.

LOUSSOUARN, Yvon. "Cours général de droit international privé". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1973 II, tome 139, p. 276.

MANDELSTAM, André N. "La protection internationale des droits de l'homme". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1931-IV, tome 38, p. 129.

MAYER, Pierre. "Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé : cours général de droit international privé". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 2007, tome 327, p. 360.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2006.

NINO, Carlos Santiago. *La constitucion de la democacia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1996.

REDSLOB, Robert. "Le principe des nationalités". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1931, tome 37, p. 57-58.

RIPHAGEN, W. "The relationship between public and private law and the rules of conflict of laws". *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1961-I, tome 102, p. 221.

RODAS, João Grandino. "Choice of law rules and the major principles of brazilian private international law". In: DOLINGER, Jacob; ROSENN, Keith S. *Panorama of Brazilian law*. Miami and Rio de Janeiro: North-South Center and Esplanada Ltda., 1992. p. 333.

ROSADO, Marilda (ed.). *Novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 49-50.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

STEIGER, Werner E. “La protection des mineurs en droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1964-II, tome 112, p. 481.

STF, ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, Publicado no DJU 14/10/2011, p.341.

STJ, SE nº 4.525, EUA. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Publicado no DJU de 02/08/2010.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, vol I.

TENÓRIO, Oscar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, vol II.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UBERTAZZI, Giovanni Maria. “Règles de non-discrimination et droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1977-IV, tome 157.

VASAK, Karel. “Le droit international des droits de l’homme”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1974-IV, tome 140, p. 404.

WORTLEY, Ben Atkinson. “The general principles of private international law from the English standpoint”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1947-II, tome 71, p. 20.

YASSEEN, Mustafa Kamil. “Principes généraux de droit international privé”. *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*. 1965-III, tome 116, p. 459.

DOS BENS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO: ANÁLISE DAS REGRAS DE QUALIFICAÇÃO DISPOSTAS PELO DIREITO BRASILEIRO

LA REGULACIÓN DE LOS BIENES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE BRASIL: ANÁLISIS DE LAS REGLAS DE ELEGIBILIDAD DISPUESTAS EN VIRTUD DE LA LEY BRASILEÑA

*Carla Volpini**

*Jamile Bergamaschine Mata Diz***

Resumo: *O presente artigo tem por objetivo analisar o método da qualificação, sua utilização no direito brasileiro a partir de uma ótica internacional-privada para que, posteriormente, se possa estudar o tratamento dos bens pelo sistema jurídico brasileiro, especificamente a regulação adotada pelo direito internacional privado, sem descuidar também dos desafios hodiernos, tanto no âmbito interno como externo, a serem enfrentados pelo direito internacional privado contemporâneo. A metodologia de trabalho deverá centrar-se nos principais aspectos estabelecidos para uma pesquisa relativa ao Direito internacional Privado, devido especialmente ao caráter singular da normativa constatada na produção e aplicação de normas de abrangência extraterritorial. Neste sentido, devem-se utilizar métodos que permitam analisar a evolução das normas de direito internacional privado aplicadas pelos Estados, bem como a necessidade ou não de novas reconfigurações advindas dos paradigmas*

* Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Internacional e Comunitário Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2006), especialização em Direito Processual pelo IEC/PUCMINAS(2003), e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2006). Professora Adjunta do Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Minas Gerais e professora da Universidade de Itaúna. E-mail: carlavolpini@hotmail.com

** Doutora em Derecho Público pela Universidad de Alcalá de Henares (2005). Mestre em Instituciones y Políticas de la UE pela Universidad Camilo José Cela (2005) e em Derecho Público pela Universidad de Alcalá de Henares (2003). Catedrática Jean Monnet de Direito Comunitario (565401-EPP-1-2015-1-BR-EPPJMO-CHAIR). Atualmente é professor visitante da Universidade de la República do Uruguai, Universidad de Castilla-La Mancha, Universidad de Alcalá de Henares, Universidad Anahuac e Universidad de Buenos Aires. Professora adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais e da Fundação Universidade de Itaúna. E-mail: jmatadiz@yahoo.com.br

impostos pela globalização. Desta forma, o método indutivo permitirá enfocar como a regulação dos bens adotada pelo direito internacional privado brasileiro possibilitará a solução de conflito de leis no espaço no que tange aos direitos relativos àqueles, determinando a lei a ser aplicada. Ainda no que tange a vertente teórico-metodológica, planeja-se seguir uma linha crítico-metodológica para alcançar os objetivos aqui dispostos.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar el método de calificación, su uso en la legislación brasileña desde una óptica internacional privada de modo a determinar el tratamiento de los bienes por el sistema jurídico brasileño, específicamente en el reglamento adoptado por el derecho internacional privado sin olvidar también de los desafíos actuales, tanto a nivel interno y externo, que debe de ser enfrentado por el derecho internacional privado contemporáneo. La metodología debe centrarse en los aspectos clave establecidas para una investigación relativa al derecho privado internacional, sobre todo debido al carácter único de las reglas que se encuentran en la producción y aplicación de las reglas de alcance extraterritorial. En este sentido, hay que utilizar métodos para el análisis de la evolución del derecho internacional privado aplicadas por los Estados y la necesidad o no de nuevas reconfiguraciones derivadas de los paradigmas de la globalización. Por tanto, el método inductivo se centrará en cómo la regulación de los bienes adoptado por el derecho internacional privado de Brasil permitirá la resolución de conflictos en el espacio. Aún sobre los aspectos teóricos y metodológicos, se fijó un enfoque metodológico fundamental para alcanzar los objetivos establecidos en este documento.

Palavras-chave: Regras de qualificação, Direito internacional privado, Legislação brasileira

Palabras clave: Reglas de calificación, Derecho internacional privado, legislación brasileña

1. INTRODUÇÃO

A determinação da lei aplicável é tema recorrente quando se trata de analisar as questões que cercam o direito internacional privado, uma vez que, tradicionalmente, um dos seus principais objetivos foi descobrir a lei aplicável quando depara-se com o chamado conflito de leis no espaço originados de relações plurilocalizadas. Tais relações ao possuir um liame com dois ou mais sistemas jurídicos, a partir de uma situação fática ou jurídica, demanda a aplicação de um método próprio para que se possa apontar, devidamente, qual - dos diferentes sistemas envolvidos - deverá ser aplicado. Tal método, baseia-se na qualificação dos fatos - objeto de análise pelo intérprete - para que se possa então

descobrir a lei aplicável.

Neste sentido, para disciplinar as questões afeitas ao regime dos bens vinculados a uma relação plurilocalizada, faz-se necessário anteriormente, ainda que de modo sucinto, examinar o método da qualificação utilizado pelo Direito Internacional Privado, buscando assim estabelecer os pressupostos para o estudo do tratamento dos bens pelo Direito Internacional Privado brasileiro.

Vale ressaltar que o Direito Internacional Privado (DIPr), apesar de ser internacional em relação ao objeto, regula-se pelas normas internas adotadas por cada Estado, no âmbito de sua potestade. Assim, de antemão, pode-se afirmar que as normas brasileiras serão aplicadas para reger os bens, ainda que estes se vinculem a uma relação constituída sob a égide de um sistema jurídico extemporâneo. Assim, se tratará aqui especificamente das normas internas aplicadas aos bens, mas sempre numa perspectiva plurilocalizada.

Ademais, as novas realidades social, política e econômica criadas pela globalização, pelos processos de integração, pelos avanços tecnológicos, pela livre circulação de capitais e pessoas, pela evolução dos meios de transporte e comunicação, demandam e exigem a constante e infundável tentativa de determinar métodos, sistemas e soluções para que as controvérsias – também de natureza global – possam ser devidamente satisfeitas. Neste sentido, o estudo sobre as regras de conexão presentes no direito brasileiro fundamenta-se na necessidade de estabelecer qual seria a solução apresentada por nosso sistema quando se depara com situações que envolvem direitos reais.

A metodologia de trabalho deverá centrar-se nos principais aspectos estabelecidos para uma pesquisa relativa ao Direito internacional Privado, devido especialmente ao caráter singular da normativa constatada na produção e aplicação de normas de abrangência extraterritorial. Neste sentido, devem-se utilizar métodos que permitam analisar a evolução das normas de direito internacional privado aplicadas pelos Estados, bem como a necessidade ou não de novas reconfigurações advindas dos paradigmas impostos pela globalização. Desta forma, o método indutivo permitirá enfocar como a regulação dos bens adotada pelo direito internacional privado brasileiro possibilitará a solução de conflito de leis no espaço no que tange aos direitos relativos àqueles, determinando, portanto, a lei a ser aplicada.

Ainda no que tange a vertente teórico-metodológica, planeja-se seguir uma linha crítico-metodológica, que, nas palavras de Gustin e Dias¹.

¹ GUSTIN, M. B. S e DIAS, M. T. F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Supõe uma teoria crítica da realidade e sustenta duas teses de grande valor para o repensar da Ciência do Direito e de seus fundamentos e objeto: a primeira defende que o pensamento jurídico é tópico e não dedutivo, é problemático e não sistemático. Essa tese trabalha com a noção de razão prática e de razão prudencial para o favorecimento da decisão jurídica. A segunda tese insere-se na versão postulada pela teoria do discurso e pela teoria argumentativa. Essa linha compreende o Direito como uma rede complexa de linguagens e de significados.

Finalmente, se, num primeiro momento, a qualificação permite solucionar o conflito de leis, através da aplicação tradicional das regras de conexão, em geral consideradas como normas essenciais para a conformação de um sistema jurídico internacional pelo Estado, tal método transforma-se a partir da adoção, desenvolvimento e consolidação dos métodos de uniformização do direito internacional privado, resultando em novos paradigmas que, apesar de não alterarem obrigatoriamente a estrutura fundamental do direito internacional privado, supõe, pelo menos, uma nova roupagem e interpretação de seus principais aspectos. Inicialmente analisar-se-à o estudo da qualificação, para posteriormente discutir as regras de conexão adotadas pelo DIPr brasileiro.

2. A QUALIFICAÇÃO E A DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL

De antemão, se deve ressaltar que a qualificação não é método específico do direito internacional privado, mas adquire maior importância quando se trata de delimitar as relações plurilocalizadas a partir de um determinado recorte designativo de competência, ou seja, a partir de um dado sistema jurídico.

O debate relativo à qualificação não é novo, e tampouco se encontra esgotado², pois as tentativas de adoção de um marco comum aplicado às qualificações, no direito internacional privado, ainda não foram definitivamente alcançadas³. Tal debate abrange desde a definição terminológica do instituto até sua natureza jurídica, englobando ainda

2 “The problem of qualification is, to a large extent, a self-produced problem of private international law.” SIEHR, K. “General Problems of Private International Law in Modern Codifications - De Lege Lata and De Lege Europea Ferenda”. In: ŠARČEVIĆ, P.; VOLKEN, P. and BONOMI, A. (ed.). *Yearbook of Private International Law*. München: SELP, 2006, vol VII.

3 Veja-se, por exemplo, a discussão sobre a qualificação pela doutrina italiana, “nell’ambito della elaborazione della legge sul diritto internazionale privato, la qualificazione era stata oggetto di intense discussioni (...) Come noto, si era allora rinunciato a disciplinare la qualificazione. A giustificazione della reticenza a disciplinare questioni generali del diritto internazionale privato era stato addotto che la maggior parte dei problemi non erano dalla dottrina risolti all’unanimità. GREINER, M. J. “Qualificazione in generale e qualificazione in particolare, en Collisio Legum”. *Studi di Diritto Internazionale Privato per Gerardo Brogini*. 1997, p. 187-188.

sua definição⁴, seus elementos e objeto. Em relação à terminologia, assentou-se no direito brasileiro o termo qualificação e parece não haver maiores discussões sobre o tema. Já no que tange à natureza jurídica depara-se com distintas posições, pois ora a qualificação é considerada como teoria, ora como técnica⁵ e ainda como processo. Adepto da corrente que a considera um processo pode-se citar Dolinger⁶ que assim define a qualificação como

um processo técnico-jurídico sempre presente no direito, pelo qual se classifica ordenadamente os fatos da vida relativamente às instituições criadas pela Lei ou pelo Costume, a fim de bem esquadrear as primeiras nas segundas, encontrando-se assim a solução mais adequada e apropriada para os diversos conflitos que ocorrem nas relações humanas. Os próprios institutos jurídicos também exigem uma qualificação clara e definida.

No mesmo sentido, assim entende Rechsteiner⁷

Tendo o objeto de conexão de uma norma indicativa ou indireta de direito internacional privado conteúdo aberto e vago, a subsunção de uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional perante essa norma, eventualmente, pode causar dificuldades. Podem ocorrer dúvidas quanto a determinar se uma relação jurídica deve ser subsumida a esta ou aquela norma indireta do direito internacional privado (...). É justamente esse processo de subsunção a uma única norma indicativa que caracteriza a qualificação.

Franz Kahn e Etienne Bartin, considerados como precursores do estudo da qualificação no direito internacional privado, a alçaram, ainda que de modo indireto, à categoria de teoria (doutrina), tal e como analisa Weber⁸.

Ainda que se possa considerá-la como uma teoria, entende-se que a qualificação também possa ser classificada como parte inerente

4 "There is no agreement among the writers concerning title type of questions properly belonging to a discussion of the qualification problem. Some use the term in a very broad sense and others in a narrower sense". LORENZEN, Ernest G., "Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws" [online]. *Faculty Scholarship Series*. 1941, Paper 4584, 1941, p. 743 [acesso em 12 nov 2014]. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4584>

5 Vide por todos STEIN, S. B. "Choice of law and doctrine of renvoi". *McGILL Law Journal*. 1971, vol 17, n°3.

6 DOLINGER, J. *Direito internacional privado – parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

7 RECHSTEINER, B. W. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 146.

8 WEBER, Helmut. *Die Theorie der Qualifikation : Franz Kahn, Etienne Bartin und die Entwicklung ihrer Lehre bis zur universalen Anerkennung der Qualifikation als allgemeines Problem des internationalen Privatrechts (1890-1945)*. Tübingen : Mohr, 1986 *apud* RECHSTEINER, B. W. Op. cit.

ao método do direito internacional privado para a determinação da lei aplicável, uma vez que será através da qualificação que se logrará estabelecer os elementos presentes na regra de conexão, ao submeter à questão advinda do caso concreto – objeto da controvérsia – a este ou aquele sistema, segundo obviamente o critério escolhido pelo próprio sistema interno que, conforme será analisado posteriormente, se baseia na *lex fori* ou na *lex causae*.

Os problemas derivados da qualificação levaram, e ainda levam alguns estudiosos a afirmar que não há uma solução legal ou até mesmo lógica para solucioná-los⁹ (Breton, 2007), ainda que não se possa negar que o desenvolvimento das distintas teorias que tentam explicar o método tenha possibilitado aprofundar e delimitar o mesmo, ainda que sem apresentar uma solução definitiva para alcançar um consenso sobre a matéria.

Ainda que num primeiro momento, a qualificação possa se resumir à necessidade de conceituar e classificar um determinado problema surgido à raiz de uma relação plurilocalizada, segundo pontua Dolinger, pode-se observar que a qualificação vai além da mera conceituação e classificação, pois atinge a necessidade de “enquadrar”¹⁰ uma questão no marco geral de um determinado sistema jurídico¹¹ (Strenger, 2004). Obviamente, que para esse enquadramento, deve-se analisar o conteúdo, alcance e sentido contido na previsão legal de cada sistema envolvido e decidir qual será adotado para efeitos de aplicação da regra de conexão.

A qualificação, portanto, pode ser considerada como a primeira etapa para determinar a lei aplicável, e a partir da qual se conseguirá extrair o objeto de conexão para que depois, ao aplicar-se o elemento de conexão apontado pela lei interna ou externa (a depender de qual critério o intérprete utiliza), se possa alcançar uma solução para o conflito de leis. Está intrinsecamente vinculado à natureza jurídica dada por cada sistema aos respectivos institutos que o compõem. Assim, a título de exemplo, pode-se citar o caso das chamadas propriedades horizontais – edifícios de apartamentos - que possuem uma natureza contratual nos Estados Unidos, enquanto aqui é considerado pelo direito brasileiro como de natureza real. Ou ainda na sucessão, onde a legítima corresponde a 1/4 do patrimônio do casal, ou à metade da meação do testador (artigo 1847 CC) enquanto na Espanha só pode alcançar um terço do patrimônio do casal.

Conforme se observa, a qualificação representa uma parte

9 BRETON, E. F. “En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de derecho internacional privado”. *Cuadernos Unimetanos*. 2007, n° 11, p. 227-239.

10 “Las calificaciones se dan en el derecho internacional privado como consecuencia de la aplicación simultánea de más de un ordenamiento jurídico que pueden utilizar los mismos términos con diferente significado o encuadrar una institución en diferentes partes del ordenamiento jurídico”. WEINBERG, I. M. *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Editorial LexisNexis, 2002, p. 99.

11 STRENGER, Irineu. *Curso de direito internacional privado*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Ltr., 2004.

intrínseca do método para a solução de conflito de leis no espaço, e por isso, deve ser analisada, sempre levando-se em consideração os dois critérios ou teorias majoritariamente adotadas: a *lex fori* e a *lex causae*.

2.1. A qualificação pela *lex fori*

Ao estabelecer como se deve proceder à qualificação no direito internacional privado, cada sistema adota critérios específicos, no sentido de determinar se a norma interna será responsável pelo enquadramento da questão, ou então, se será adotada, de plano, a lei estrangeira para cumprir tal fim. A *lex fori* estipula que o intérprete que irá resolver a situação privada internacional deve defini-la segundo sua própria lei. Esta teoria define e localiza a natureza da relação conforme os comandos emanados de seu próprio direito interno, sem recorrer, *ab initio*, a qualquer outro tipo de sistema¹².

Assim, ao se deparar com uma situação advinda de uma relação plurilocalizada onde, em princípio, podem incidir duas ou mais leis de distintos sistemas jurídicos, deve o intérprete analisá-la segundo sua própria lei, ou seja, se a questão está sendo analisada pelo Judiciário brasileiro, o juiz nacional deverá, regra geral (que comporta exceções, conforme se verá) qualificá-la segundo o direito brasileiro.

Os defensores da qualificação pela *lex fori* se atém basicamente a três argumentos:

a) racionalidade ou preliminariedade: como a qualificação precede a determinação da lei aplicável, sendo etapa prévia à aplicação da regra de conexão inclusive, como se poderia recorrer a lei estrangeira eventualmente aplicável se o intérprete, todavia não sabe, definitivamente, qual lei incidirá para solucionar a questão? Em outras palavras

Como admitir a qualificação da questão pela *lex causae*— a lei estrangeira aplicável — se ainda não sabemos se ela será realmente a lei escolhida, tudo dependendo da qualificação que se der ao caso, eis que, se qualificada for a questão de determinada forma, aplicável realmente será a lei estrangeira, mas se qualificada de outra forma, aplicável será a lei do foro. Como, então, aplicar a lei estrangeira para qualificar, se ainda não se sabe se ela será realmente a lei aplicável?¹³.

b) estabilidade: diretamente relacionado com o argumento anterior, a aplicação da lei estrangeira sem que se realize a qualificação pela *lex fori* – etapa preliminar – poderia causar insegurança em relação

¹² “This interpretation of choice of law rules must, in principle, take place in accordance with the *lex fori* of which choice of law rules as a part.” PHILIP, A. *General course on private international law. Collected courses of The Hague Academy of international law*. The Hague, 1978, p. 39.

¹³ DOLINGER; Op. cit., p. 374.

a qual efetivamente seria a lei aplicável, especialmente se ao aplicar a lei estrangeira, esta tampouco se considerasse “competente” para solucionar a questão. Valladão ao propor a qualificação por etapas, onde esta seria feita pela *lex fori*, de modo provisório, para que somente depois – conforme a lei aplicada – fosse adotada qualificação definitiva, sofreu severas críticas de Dolinger¹⁴, já que tal fórmula acarretaria uma situação de indefinição para o intérprete, o que provocaria também insegurança.

c) coincidência com a competência jurisdicional: ao realizar a qualificação pela *lex fori*, o intérprete o faz segundo sua própria lei, facilitando o processo de determinação da lei aplicável e, colateralmente, possibilitando uma definição mais precisa da natureza jurídica e do respectivo enquadramento da situação.

Apesar dos esforços da doutrina em defender a *lex fori* como critério que melhor solucionaria os problemas derivados da qualificação, não há dúvida que não foi suficiente para gerar o resultado desejado, haja visto que “all qualifications are made lege fori would be completely misleading and not very helpfully. Thus a conflict codification should not try to insert a general rule of qualification”¹⁵. Contudo, atualmente há ampla aceitação da *lex fori* por parte dos Estados¹⁶, já que é utilizada na maioria das legislações, tendo-se consagrado como critério geral para a aplicação da qualificação.

Finalmente, apesar do Brasil não possuir um dispositivo legal específico sobre o tema, ao incorporar o Código de Bustamante (Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929, que promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana), adotou também a *lex fori*, uma vez que o artigo 6º deste instrumento explicitamente assinala que a qualificação se dará pela *lex fori*. O Projeto de Lei 269/04 traz disposição expressa sobre o tema ao fixar que “a qualificação destinada à determinação da lei aplicável será feita de acordo com a lei brasileira” (art. 17).

2.2. A qualificação pela *lex causae* e a interpretação do art. 8º da LINDB

Ainda que a *lex fori* seja amplamente utilizada, segundo comentou-se anteriormente, a *lex causae* – lei estrangeira eventualmente aplicada a partir da relação jurídica¹⁷ – também encontra guarida em algumas

14 *Ibíd.*

15 SIEHR, K. “General Problems of Private International Law in Modern Codifications - De Lege Lata and De Lege Europea Ferenda”. In: ŠARČEVIĆ, P.; VOLKEN, P. and BONOMI, A. (ed.). *Yearbook of Private International Law*. München: SELP, 2006, vol VII, p.41.

16 Vide art. 12.1 do Código Civil espanhol; art. 3078 do Código de Quebec; art. 10 do Código civil egípcio, etc.

17 “Esta teoría, que ha sido defendido entre otros por los franceses Despagnet, Valérie y Surville, y por el alemán Wolf, subordina las disposiciones de calificación a las de Derecho internacional y sostiene que la ley señalada por estas últimas, aunque sea una ley extranjera, es la que debe proporcionar los elementos con arreglo a los cuales debe hacerse la calificación”.

disposições legais, especialmente no caso dos bens e das obrigações.

As críticas feitas à *lex causae*¹⁸ referem-se, em maior ou menor medida, à impossibilidade de recorrer-se diretamente ao direito estrangeiro aplicável sem que o intérprete tenha atentado para a qualificação do foro¹⁹, pois somente se pode aplicar a lei (estrangeira ou não) após fixar a natureza jurídica da questão. Philip²⁰ ao comentar as implicações da utilização da *lex causae* afirma “application according to *lex causae* could however lead to unfortunate results” e embasa seu posicionamento citando um exemplo de uma hipotética situação envolvendo o tema da prescrição e sua respectiva qualificação no direito dinamarquês e no direito inglês.

Apesar das críticas, a *lex causae* é utilizada para qualificar determinadas situações, centrando-se basicamente nos direitos reais e nas obrigações, como é o caso do sistema privatista internacional brasileiro, seguindo-se, portanto, a fórmula adotada pelo Código de Bustamante que, prevê, em seus artigos 112 e 113, a qualificação pela lei do local da situação no caso dos bens e pela lei territorial no caso das obrigações. A exceção que possibilita a aplicação da *lex causae* remonta à competência do Estado brasileiro para regular (e também responsabilizar-se, em certa medida) os bens que se encontram em seu território, numa clara demonstração da força potestativa do ente estatal sobre os bens, coisas, pessoas que estão a ele vinculados (ou, numa acepção ainda mais tradicional, submetidos).

3. A REGULAÇÃO DOS BENS PELO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

O artigo 8º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) traz disposição específica ao estabelecer como elemento de conexão

BIGGS, F. D. *Derecho internacional privado: parte general*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1967, p. 396.

18 Duvidamos, porém, que algum autor responsável tenha defendido alguma vez a sério a ideia de que há que deferir à lei designada pela norma de conflitos a definição do Conceito — quadro utilizado por essa mesma norma. Na verdade, a inviabilidade de tal ideia é coisa que a todos se impõe *prima facie*. O recurso à *lex causae* com esse objetivo redundaria, com efeito, em converter a norma de conflitos numa norma em branco. O legislador tendo escolhido a conexão relevante, desinteressar-se-ia de definir ele próprio o domínio em que a conexão é relevante; teria fixado a consequência jurídica e, todavia, renunciado a recortar ele próprio a hipótese em que a mesma consequência opera. Isto é o mesmo que dizer que o legislador teria desistido de estabelecer uma verdadeira norma jurídica”. Ferrer Correia, apud Dolinger, Op. cit.

19 “La identificación de la norma de conflicto aplicable presupone necesariamente la previa calificación de la relación jurídica en una determinada categoría. Recién una vez hecho esto sabremos cual es el derecho extranjero aplicable a la relación. Entonces, ¿cómo preguntar a un derecho extranjero por la naturaleza de una relación jurídica si para llegar a él es preciso partir de una norma de colisión, lo que supone que dicha relación ya está calificada?”. AGUIRRE, C. F. de. *Curso de Derecho Internacional Privado – Tomo I Parte General*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

20 PHILIP, A. Op. cit., p. 42.

para qualificar e reger os bens, o local da situação dos mesmos, reforçando a aplicação do mandamento geral traduzido pelo brocardo *lex rei sitae*, ou seja, os bens são regulados pela lei do local onde eles se encontram.

A interface deste elemento de conexão com o princípio da territorialidade ganha força a partir da concepção de que somente os Estados tem competência para legislar sobre os bens que se encontram em seu território, não podendo, portanto, admitir a aplicação da extraterritorialidade quando se trate de bens, especialmente aqueles classificados como imóveis²¹. Conforme manifesta Belandro²²

La perdurabilidad de la vigencia de la *lex situs* o *lex rei sitae* se ha justificado de diferentes maneras: por razones de soberanía en primer lugar, en cuanto la suma de los bienes inmuebles conforman el territorio nacional, sustento indispensable del Estado-nación. Otros destacan el hecho de que cumple con el criterio de proximidad, base para la formulación de una regla de conflicto. Además de favorecer la certeza y la efectividad, por cuanto ninguna medida de ejecución sobre los bienes inmuebles puede cumplirse sin la aquiescencia del Estado donde están ubicados. O dicho de otra manera: el Estado donde se encuentra el bien raíz puede bloquear cualquier medida de ejecución dictada en el extranjero; cuestiones tales como las expropiaciones o las servidumbres deben contar en consecuencia, con el consentimiento irremplazable de la legislación y de la jurisdicción del Estado donde está ubicado el bien.

A tridimensionalidade território – bens – jurisdição revela o caráter de ordem pública que permeia as legislações nacionais que, em sua maioria, adotam a *lex rei sitae* para a regência dos bens. O sistema brasileiro segue, portanto, a corrente majoritária ao prever disposição concretizadora do princípio da *lex rei sitae*, consubstanciada justamente no artigo 8º da LINDB.

Não obstante, deve-se analisar também se a incidência da lei local da situação se aplica a todo e qualquer tipo de bem, ou se vincula somente aos bens imóveis. Mas, antes de adentrarmos, na análise da lei aplicável às distintas categorias de bens, devemos examinar qual seria a classificação de bens a adotar-se, ou seja, deverá ser o bem ser considerado móvel ou imóvel segundo qual lei indicativa? A *lex fori* ou a *lex causae*?

O artigo 8º é bastante claro ao determinar que a qualificação dos

21 “Uma vez que Estado e territorialidade são inseparáveis, os bens nele situados submetem-se à *lex rei sitae*, por se acharem localizados ficta ou fisicamente e não estarem ligados a uma nacionalidade, sem conservar laços de procedência com uma origem determinada. A competência do juiz nacional relacionada à *lex rei sitae* é técnica, já que a sede das relações jurídicas de direitos reais encontra-se no local da situação da coisa, servindo inclusive como limite de ordem pública estabelecida pelo legislador”. BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. São Paulo: Ed. Atlas, 2011, p. 189

22 BELANDRO, R. S. “La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión”. *Revista de la Facultad de Derecho*. 2012, nº 32, p. 293.

bens também se vincula à lei do local onde eles estão situados, definindo assim o alcance territorial da lei aplicável para determinar a natureza jurídica das distintas espécies de bem.

Assim, caso o bem se situe no Brasil deve-se aplicar a lei nacional de forma a estabelecer se este será considerado como imóvel, móvel ou semovente²³, na esteira do disposto nos artigos 79 a 90 do Código Civil.

Contudo, para os adeptos da teoria unitarista - defendida a partir da tese de Savigny ao tratar do conflito de leis em matéria de direito reais - não há que se fazer distinção entre bens móveis e imóveis²⁴, não importando, a efeitos de determinar a lei aplicável, qual seria a classificação dada por cada um dos sistemas jurídicos nacionais; adota-se então uma solução única para todos os tipos de bens, sem enquadrá-los em categorias específicas.

Os fundamentos da tese unitarista de Savigny influenciaram muitas doutrinas de direito internacional privado, mas nem sempre aparecem claros como forma de justificativa para a política legislativa adotada internamente nos Estados para a lei aplicável em matéria de direitos reais e determinação da competência internacional do juiz para apreciar litígios envolvendo bens móveis e imóveis²⁵.

No mesmo sentido explica Del'Olmo²⁶ “lembra Rodas que Pimenta Bueno afastou, no Brasil, a doutrina estatutária, seguindo também o princípio unitário de Savigny”.

A aplicação da teoria unitarista leva a crer que não haveria distinção entre bens móveis e imóveis quando nos depararmos com uma questão privatista internacional. Não obstante, como conjugar essa aplicação com as disposições constantes do Código Civil que, contrario senso, estipulam uma classificação para os bens, dando-lhes inclusive determinadas características para que se possa considerá-los como móveis ou imóveis, *verbi gratia*? Se o artigo 8º determina que a qualificação se dê pela lei do local da situação do bem, e esta define distintas categorias para a definição do bem, não resta dúvida que assim deverá considerar o intérprete no momento de proceder à determinação da lei aplicável aos conflitos derivados de uma relação de natureza real.

Além disso, as dificuldades inerentes à aplicação da lei do local da situação do bem, no caso de bens móveis, dada sua própria natureza, resultam na definição de um elemento de conexão distinto, qual seja, a lei do domicílio do proprietário, conforme será analisado posteriormente.

23 A classificação do Código Civil é ainda mais ampla e divide os bens em: a) Bens imóveis e móveis; b) Bens fungíveis e infungíveis; c) bens consumíveis e inconsumíveis; d) bens singulares e coletivos; e) divisíveis e indivisíveis.

24 BASSO, Op. cit.

25 *Ibid.*, p. 190.

26 DEL'OLMO, F. de S. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 151.

3.1. Os bens imóveis: qualificação e regência segundo o artigo 8º da LINDB

Conforme já mencionado, o artigo 8º determina expressamente que a qualificação dos bens será feita pela lei do local da situação do bem, sem perquirir sobre a natureza, característica ou até mesmo definição do bem. Contudo, a legislação brasileira traz uma classificação própria, onde se especificam os elementos que compõem a fixação da natureza de cada bem, seja ele considerado como móvel ou imóvel; fungível ou infungível, etc.

Se um bem imóvel encontra-se situado em território brasileiro deverá, portanto, ostentar a qualificação necessária disposta nos artigos 79 a 81 do Código Civil²⁷, não podendo o juiz brasileiro furtar-se a aplicar as disposições nacionais que regulam a temática, independente da lei de regência do proprietário ou possuidor (caso este seja estrangeiro ou mesmo esteja domiciliado fora do Brasil).

O alcance do art. 8º se destina a regular as relações sobre o bem per se, ou seja, regula as questões relativas à propriedade, posse, domínio, uso, fruição, requisitos para a aquisição, usufruto, garantias, preferência, condições de oponibilidade frente a terceiros, etc. podendo atingir até mesmo o caráter dinâmico do direito de propriedade admitido atualmente pelo direito brasileiro.

Portanto, a norma do artigo 8º se aplica aos direitos reais que recaem sobre os bens, qualquer que seja sua natureza, delimitando-se assim que a qualificação se aplique ao objeto de uma relação jurídica que envolva especificamente direitos reais, onde a discussão central se vincule a uma das hipóteses previstas na legislação brasileira no que tange ao direito sobre o bem, individualmente considerado, e não sobre questões relativas à capacidade das partes, validade do contrato de compra e venda, atendimento ou não das formalidades exigidas.

Assim entende Basso ao determinar que o alcance do artigo 8º se refere ao bem individualmente considerado – *uti singuli*

O alcance da norma indireta contida no art. 8º da LICC indica a regra geral de que os casos envolvendo direitos reais e, portanto, relações jurídicas proprietárias, possessórias ou de garantias sobre coisa alheia integrantes do chamado estatuto real são disciplinados pela lei do local da situação dos bens, individualmente considerados, sejam eles de titularidade

27 Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II - o direito à sucessão aberta.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:

I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;

II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem

das pessoas nacionais ou estrangeiras, domiciliadas ou não no Estado brasileiro. Daí por que, para efeitos aplicativos da norma, o tratamento dispensado pelo juiz nacional deve observar a individualidade dos bens nas relações jurídicas de que sejam objeto. Nos casos em que os bens sejam considerados elementos de uma universalidade, de fato ou de direito, a regra geral do art. 8º, caput, é afastada para a especialidade, isto é, em favor da disciplina jurídica aplicável ao instituto analisado, por exemplo, herança, legado, o trespasse de estabelecimento, o contrato de compra e venda, etc.²⁸.

A análise do alcance do artigo 8º é importante quando se trata de estabelecer a qualificação e conseqüente regência de bens considerados no bojo de uma relação jurídica de natureza contratual, sucessória ou até mesmo matrimonial. Especificamente no que tange ao artigo 10º essa análise se faz necessária, pois este dispositivo estabelece que à sucessão aplica-se a lei do último domicílio do de cujus, *qualquer que seja a natureza ou situação dos bens*, o que poderia resultar numa interpretação contraditória com a disposição do artigo 8º, implicando no afastamento da lei do local da situação do bem em favor da lei do último domicílio do falecido. A interpretação do artigo 10º deve ser aplicada ao direito sucessório lato sensu, para efeitos de determinar os aspectos inerentes às relações jurídicas derivadas da sucessão (ordem de vocação hereditária, legítima, limites para testar, colação dos bens, deserdação, pagamento de dívida pelo espólio, etc.) “não se confundindo com o direito aplicável para qualificar os bens e disciplinar as relações a ele concernentes, porque tais são individualmente considerados e se submetem à lei do local em que se situam”²⁹.

Uma questão interessante é a possibilidade de “flexibilização” da norma do artigo 8º em virtude de situações específicas, resultando também numa “nova” interpretação para o artigo 89, inciso II, do Código de Processo Civil que fixa a competência do juiz brasileiro

28 BASSO, Op. cit., p. 190.

29 Poderíamos, contudo, defender a possibilidade de que um juiz estrangeiro dispusesse sobre bem situado no Brasil, uma vez que a sucessão ocorreu no exterior por ter o de cujus ali fixado seu último domicílio? Apesar de ser uma discussão relativa à aplicação do art. 10º ressaltamos que o tema suscita discussão e merece ser objeto de atenção por parte da doutrina. Ao analisar a relação entre regimes sucessórios e aplicação da *lex rei sitae* pela União Europeia, demonstrando a necessidade de debater os contornos da lei aplicável ao imóvel objeto da sucessão, assim expressa Barreda “se impondrá la necesidad de abrazar una concepción dinámica en la búsqueda de la voluntad de aplicación (explícita o presunta) de la *lex rei sitae*, teniendo en cuenta el interés preponderante del Estado en hacer efectivas las disposiciones especiales sobre los bienes situados en su territorio, con independencia del elemento internacional de la sucesión”. BARREDA, N. C. “Reflexiones sobre los regímenes especiales en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, vol 6, nº 1, p. 132 e BASSO, Op. cit., p. 217.

para as ações relativas a imóveis situados no Brasil³⁰, reflexo também do princípio da territorialidade, conforme analisamos anteriormente. Como exemplo, pode-se citar a homologação de sentença estrangeira de divórcio ocorrido no exterior que disponha sobre bem situado no Brasil pelo Judiciário nacional. No processo de homologação de sentença SE-7401³¹ assim decidiu o Ministro Marco Aurélio

(...) É de frisar que a regra concernente à competência exclusiva do Judiciário brasileiro para conhecer de ações relativas a imóveis localizados no Brasil - artigos 12 da Lei de Introdução ao Código Civil e 89 do Código de Processo Civil - deve ser aplicada com a cabível cautela, já que a existência de conflito de interesses sobre o bem leva a uma conduta completamente diferente quando, no divórcio, as próprias partes chegam a um acordo, ultrapassando qualquer impasse. Assim, à luz da jurisprudência desta Corte, tratando-se de composição, não há falar-se em atuação única e exclusiva da autoridade judicante brasileira. Confira-se com os seguintes precedentes: Sentenças Estrangeiras n. 3.633, 3.888, 4.844 e 3.408 e Sentença Estrangeira Contestada n° 4.512. Na Sentença Estrangeira n° 3.408, restou consignado: - HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. SEPARAÇÃO DE CÔNJUGES. PARTILHA DE BENS.E HOMOLOGÁVEL A SENTENÇA ESTRANGEIRA QUE HOMOLOGA ACORDO DE SEPARAÇÃO E DE PARTILHA DOS BENS DO CASAL, AINDA QUE SITUADOS NO BRASIL, PORTA QUE NÃO OFENDIDO O ART. 89 DO CPC, NA CONFORMIDADE DOS PRECEDENTES DO STF (RTJ. 90/11; 109/38; 112/1006).HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA. A par do requerimento em conjunto de homologação de sentença de divórcio, tem-se o atendimento dos requisitos próprios. Homologo-a, com a restrição de que o ato sentencial somente produzirá efeitos plenos a partir de 15 de outubro de 2002 (artigo 226, § 6º, da Constituição Federal), observando-se, até essa data, o instituto da separação judicial.

Entende-se que não haveria aqui uma autêntica flexibilização do artigo 8º, senão que uma maleabilidade, aí sim, da competência do juiz nacional para conhecer exclusivamente das ações sobre imóveis situados no Brasil. Não representa, portanto, uma possibilidade de que a qualificação ou regência do bem possa se dar por autoridade ou lei estrangeira, mas sim que sobre o bem recaia uma decisão estrangeira passível de ser homologada ou não no Brasil.

Uma vez examinada as questões relativas à qualificação e

30 Vide ARAÚJO, N. de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

31 Processo: SE 7401 Relator(a): Min. PRESIDENTE Julgamento: 11/06/2002. Publicação: DJ 20/06/2002 PP-00058 SE VOL-00024 PP-00100

regência de bem imóvel pelo direito internacional privado brasileiro, será discutido o tratamento dos bens móveis, sem olvidar da discussão trazida pela teoria unitarista já comentada.

3.2. Os bens móveis: *mobilium sequuntur personam*

O artigo 8º, parágrafo primeiro, dispõe sobre a determinação da lei aplicável quando se tratar de bens móveis, considerando-se a própria natureza do bem a partir de suas características físicas atreladas à mobilidade e circulação.

A questão se refere, primordialmente, à classificação dos bens a partir da concepção unitarista, conforme já comentado, e a necessidade de estabelecer um critério para os bens que podem deslocar-se de forma contínua no espaço, podendo encontrar-se aqui e acolá num curto período de tempo. Tal situação resulta numa clara indefinição de qual seria a lei aplicável, haja vista que caso se opte pela lei do local da situação, ou ainda pela lei do domicílio do proprietário, pode-se gerar um cenário de insegurança jurídica que poderia contaminar as relações que envolvam este tipo de bens.

Citando uma vez mais a Belandro³²

Tratándose de muebles la cuestión es la de saber respecto de la movilidad del objeto hasta dónde conviene fiarse de la localización material. La localización actual del bien no excluye que se hayan conferido derechos bajo el imperio de otra ley, de acuerdo a su anterior localización. Esencialmente suscita un conflicto de intereses privados ya evocado, entre la seguridad de los títulos (el que ha obtenido un derecho sobre el bien mueble en lugar de su situación anterior reclama que su derecho sea reconocido); y la seguridad de las transacciones (los terceros estarían autorizados a basarse sobre la situación actual del bien mueble). Pretender elegir de manera general y definitiva entre la ley de la anterior situación y la de la situación actual se traducirá infaliblemente en soluciones cuestionadas. Este tipo de conflicto sólo puede resolverse de manera convincente, según las circunstancias de cada caso: no sólo habrá que tener en consideración la buena fe de los terceros sino por ejemplo, las precauciones tomadas por el acreedor para impedir que su seguridad no se vea comprometida por el desplazamiento del bien hacia el extranjero; o aun la existencia o ausencia en el Estado de la situación actual, de una seguridad análoga a la constituida en el extranjero.

Diante de tal perspectiva, deve-se analisar qual seria a lei que promovesse melhor definição e regulação dos conflitos interestaduais relativos a bens móveis. A ausência de fixação definitiva do local do

32 BELANDRO, Op. cit., p. 198.

bem aponta para a necessidade de estabelecer um critério específico, pois “cumpre procurar mentalmente o ponto em que essas coisas estão destinadas a ficar por mais tempo, ou por tempo indeterminado: ponto que pode resultar com segurança da vontade manifestada pelo proprietário; noutro caso, coincidirá com o domicílio do proprietário”³³.

A doutrina não possui posicionamento unânime em relação a qual critério deveria prevalecer nestes casos. Para Basso³⁴ seria aplicado o local do domicílio do proprietário como critério supletivo quando não se consiga determinar – de modo exato – o local da situação da coisa. Tal interpretação reforça a adoção da concepção unitarista de Savigny, defendida pela doutrina brasileira e estrangeira, ao tempo em que se possibilita contornar os problemas derivados da natureza móvel do bem. Assim, seria aplicada a lei do local da situação e, em caso de impossibilidade ou dificuldade de estabelecer o *situs*, aplicar-se-ia a lei do domicílio do proprietário, de modo que haveria que buscar nesta última uma solução para os conflitos relativos aos bens móveis, mas sem desconsiderar os efeitos já estabelecidos pela lei do local da situação.

Mas como compatibilizar a aplicação da lei do local da situação com a lei do domicílio do proprietário em relação aos efeitos, relações e consequências que derivam da utilização deste bem? Ou seja, se consideramos que a lei do local da situação deve reger também os bens móveis, caso estes circulem permanentemente e provoquem efeitos jurídicos em distintos territórios, como poderíamos solucionar a questão?

Para Monreal³⁵ a solução seria aplicar a lei do local da situação, levando-se em consideração os efeitos já estabelecidos pela lei anterior que regia o bem, por encontrar-se ele em local originariamente distinto.

Será siempre el principio *lex rei sitae* el que regirá, pues, para los bienes muebles que se transportan de un lugar a otro: la ley del lugar en que se constituyó derecho sobre el bien mueble regirá en lo relativo a si el derecho existe o no, y la ley diferente del otro lugar a que la cosa es llevada posteriormente regirá en lo relativo a la manera de ejercitar el derecho, esto es, sobre lo que podría denominarse el contenido o las prerrogativas del derecho. Esto significa que cuando un derecho ha sido adquirido conforme la ley del lugar de la cosa, el traslado material de ésta no puede alterar la situación jurídica, ya creada, en cuanto a los derechos reales constituidos sobre ella, pero sí puede afectar el ejercicio de las facultades que ellos otorgan a su titular.

33 CASTRO, A. de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. atua. de Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 428.

34 BASSO, M. Op. cit.

35 MONREAL, E. N. *Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros - Caso de los productos exportados. Estudios de Derecho Económico, serie I, n. 02, Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México: Dirección General de Publicaciones Universidad Nacional Autónoma de México, 1976, p. 109.

Seria esta uma forma de compatibilizar a concepção unitarista adotada pelo direito brasileiro, segundo a doutrina, com a supletividade trazida pelo parágrafo primeiro, ou seja, a aplicação da lei do local da situação poderia ser afastada somente no caso de indefinição do local da situação do bem, prevalecendo a *lex rei sitae* como elemento de conexão para abarcar também os bens móveis.

Outra questão a ser analisada refere-se a determinados bens como, por exemplo, aqueles classificados como propriedade industrial, pois na esteira do disposto no art. 5º da Lei n.9.279/96, estes também são considerados como bem móvel, e englobam os direitos oriundos do poder de criação e invenção do indivíduo, devendo-se assegurar as patentes de invenção, a exclusiva da utilização das marcas de indústria e comércio e nome comercial. Considera Basso³⁶ que no caso dos direitos de propriedade intelectual poderia adotar a lei do local onde a proteção está sendo invocada, “já que é nesse mesmo local em que eles manifestam determinada utilidade econômica e social”.

3.3. Os direitos de garantia sobre os bens e o Direito internacional privado: breves reflexões

O artigo 8º, parágrafo segundo, traz regra de conexão específica que deverá ser aplicada nos casos relativos aos direitos de garantia sobre os bens, abrangendo especificamente o penhor. Vale lembrar que na garantia real o cumprimento da obrigação contraída envolve parte ou todo o patrimônio do devedor, consubstanciando-se em uma relação jurídica que afetará a disposição da coisa por parte do proprietário ou possuidor.

O dispositivo da LINDB estabelece que no caso de penhor deva ser aplicada a lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada, ou seja, será a lei do possuidor direto que regulará as relações derivadas desse direito de garantia real. Tal se dá porque no penhor há tradição temporária em favor do credor que permanece temporariamente com a coisa apenhada³⁷ até a satisfação do débito ou, ainda, quando se concretizam as medidas estipuladas em lei. Essa necessidade de tradição do bem móvel pelo devedor, como regra geral estabelecida pelo direito brasileiro, afasta a aplicação da *lex rei sitae* em favor da lei do domicílio do possuidor, conforme ressalta Basso³⁸.

Assim, caso a lei do domicílio do possuidor disponha sobre tratamento específico para o penhor, estabelecendo distinções entre coisa corpórea e incorpórea, como o faz a legislação brasileira, assim deverá ser observado pelo intérprete quando se deparar com questões

36 BASSO, Op. cit., p. 193.

37 No Brasil, o art. 1431, parágrafo único, do Código Civil prevê que “no penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar.”

38 BASSO, Op. cit.

atinentes a garantia sobre bem móvel na modalidade penhor. De igual modo, prevalecerão as disposições relativas à constituição do penhor, os direitos e obrigações do credor pignoratício, as espécies de penhor, bem como sua extinção, o que significa que a lei do domicílio do possuidor – seja este o devedor antes da tradição do bem ou o credor após a tradição deste – será aplicada para reger todos os aspectos relativos a este direito de garantia real.

CONCLUSÃO

A determinação da lei aplicável aos conflitos originados de relações plurilocalizadas demanda uma análise da legislação interna de cada estado, uma vez que o direito internacional privado tem como principal fonte as disposições emanadas do sistema jurídico interno.

O tratamento dos bens pelo direito internacional privado, no direito brasileiro, encontra-se especificamente regulado pelo artigo 8º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro no que tange aos aspectos materiais de regência desses bens. As questões processuais devem ser analisadas a partir da definição da competência do juiz nacional, encontrando-se disposição expressa no Código de Processo Civil (artigos 88 e 89).

Conforme analisamos, a prevalência da regra de conexão consubstanciada na *lex rei sitae* deverá ser utilizada quando o intérprete se deparar com questões vinculadas aos direitos reais, devendo a qualificação determinar-se pela *lex causae*, o que pressupõe a consagração da territorialidade para dirimir os conflitos causados pela diversidade de legislações que possam incidir sobre um mesmo bem, a partir de relações que se vinculam, em um primeiro momento, a distintas ordens jurídicas. Ainda, a tridimensionalidade território – bens – jurisdição revela o caráter de ordem pública que permeia as legislações nacionais que, em sua maioria, adotam a *lex rei sitae* para a regência dos bens. O sistema brasileiro segue, portanto, a corrente majoritária ao prever disposição concretizadora do princípio da *lex rei sitae*, consubstanciada justamente no artigo 8º.

A análise abarca também a definição da lei aplicável quando se tratar de bem móvel, ao considerar-se que, em virtude de sua natureza, poderá aplicar-se a lei do domicílio do proprietário, numa tentativa de solucionar os problemas derivados da intensa mobilidade que tais bens podem acarretar.

Finalmente, ao estabelecer regras de conexão específicas para as relações jurídicas de espectro espacial ampliado, como é o caso da LINDB, deve-se ter presente também as normas constitucionais que tratam da matéria, especialmente se considerarmos o aspecto dinâmico que a propriedade deve ostentar, especialmente no caso dos bens imóveis, onde o exame da função social deverá também ser observado

pelo intérprete no momento de determinar a lei aplicável. Portanto, se o bem encontra-se no Brasil os direitos a ele concernentes se vinculam diretamente ao cumprimento de sua função social, independentemente da lei do proprietário ou possuidor.

O desafio está justamente em compatibilizar a regulação interna com os novos paradigmas surgidos pelo processo de codificação progressiva do Direito internacional privado, a partir dos intentos de uniformização trazida pelos distintos mecanismos internacionais e que podem, em maior ou menor medida, influenciar e alterar a compreensão das regras de conexão previstas atualmente pelo direito brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE, C. F. de. *Curso de Derecho Internacional Privado – Tomo I Parte General*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2004.

ARAÚJO, N. de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARREDA, N. C. “Reflexiones sobre los regímenes especiales en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2014, vol 6, nº 1, p. 121-146

BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BELANDRO, R. S. “La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión”. *Revista de la Facultad de Derecho*. 2012, nº 32, p. 291-323

BIGGS, F. D. *Derecho internacional privado: parte general*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1967.

BRETON, E. F. “En materia de calificaciones, reenvío y otros asuntos de derecho internacional privado”. *Cuadernos Unimetanos*. 2007, nº 11, p. 227-239.

CASTRO, A. de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. atua. de Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DELOLMO, F. de S. *Direito Internacional Privado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DOLINGER, J. *Direito internacional privado – parte geral*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GREINER, M. J. “Qualificazione in generale e qualificazione in particolare, en Collisio Legum”. *Studi di Diritto Internazionale Privato per Gerardo Broggin*. 1997, p. 187-188.

GUSTIN, M. B. S e DIAS, M. T. F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LORENZEN, Ernest G., “Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws” [online]. *Faculty Scholarship Series*. 1941, Paper 4584, 1941, p. 743 [acesso em 12 nov 2014]. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4584>

MONREAL, E. N. *Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros - Caso de los productos exportados. Estudios de Derecho Económico, serie I, n. 02, Instituto de Investigaciones Jurídicas*. México: Dirección General de Publicaciones Universidad Nacional Autónoma de México, 1976.

PHILIP, A. *General course on private international law. Collected courses of The Hague Academy of international law*. The Hague, 1978, p. 159-161.

RECHSTEINER, B. W. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SIEHR, K. “General Problems of Private International Law in Modern Codifications - De Lege Lata and De Lege Europea Ferenda”. In: SARCEVIC, P.; VOLKEN, P. and BONOMI, A. (ed.). *Yearbook of Private International Law*. München: SELP, 2006, vol VII.

STEIN, S. B. “Choice of law and doctrine of renvoi”. *McGILL Law Journal*. 1971, vol 17, nº3.

STRENGER, Irineu. *Curso de direito internacional privado*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Ltr., 2004.

WEINBERG, I. M. *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires: Editorial LexisNexis, 2002.

LAS BASES NORMATIVAS DE LOS CONFLICTOS INTERNOS DE LEYES EN LA ESPAÑA ACTUAL

AS REGRAS BÁSICAS DOS CONFLITOS INTERNOS DE LEIS NA ATUAL ESPANHA

*María Teresa Alcolado Chico**

Resumen: *Históricamente España, primero, como un conjunto de reinos y hoy como un Estado unitario, ha sido siempre, y continúa siéndolo, un Estado plurilegislativo en el que junto con el Derecho común cuya base es el Código civil, desde 1889, han coexistido los llamados Derechos forales, algunos de los cuales fueron mantenidos vigentes por el citado Código. Ello supuso que ante esa diversidad de reglas civiles en el territorio nacional estén presentes los conflictos internos de leyes que precisan, como los conflictos internacionales, de las reglas que determinen cuál de los diferentes ordenamientos es aplicable a cada español, lo que viene determinado por la vecindad civil, una conexión que, en principio, puede ser ajena al territorio, y que determina el estatuto personal de cada ciudadano. Inicialmente llamados conflictos “interregionales”, hoy pueden denominarse conflictos “interautonómicos”, en virtud de la nueva planificación territorial basada en las Comunidades Autónomas, que establece la Constitución Española de 1978. La multitud de fueros, cada uno de los cuales poseía su propio Derecho supletorio, donde en alguno de ellos, estaba presente el Derecho romano y el canónico, fue objeto de una ordenación con las Compilaciones de Derecho civil que se elaboraron para los territorios forales en la segunda mitad del siglo XX. Esas regiones o territorios forales, hoy erigidos en Comunidades Autónomas, tienen la posibilidad de conservar y desarrollar su Derecho civil propio que es el contenido en tales Compilaciones. Es así, como Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, y País Vasco mantienen un Derecho civil peculiar, distinto al común recogido en el citado Código civil. En Extremadura un fuero vigente sigue siendo regla consuetudinaria. A la vez otras Comunidades Autónomas como la valenciana, pretenden*

* Profesora de Derecho internacional Privado, en los Colegios universitarios Cardenal Cisneros y Centro de estudios Financieros, CUNEF. Abogada en ejercicio. Académica correspondiente de la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, España. E-mail: alcolado@icam.es

mantener sus antiguos fueros y poseer un Derecho civil propio, lo que no deja de presentar ciertos problemas. En este artículo se apuntan cuáles son las normas base de los Derechos civiles forales o especiales, que todo jurista ha de tener en cuenta a la hora de tener que consultar o aplicar el Derecho civil español habida cuenta de esa diversidad de ordenamientos vigentes en España.

Resumo: *Historicamente Espanha, primeiro como conjunto de reinos e hoje como um Estado unitário, sempre foi e ainda é, um Estado plurinacional em que juntamente com a lei comum, cuja base é o Código Civil desde 1889, têm coexistido, os chamados direitos forais ou regionais, alguns dos quais foram mantidos em vigor pelo código civil.*

Nos casos absolutamente internacionais é preciso recorrer a uma regra específica, a Regra de Conflitos, que nos diz qual das leis interessadas é a lei aplicável ou a lei competente. O que faz a regra de conflitos é destacar ou privilegiar um dos contactos ou conexões, determinando como aplicável a lei para a qual essa conexão aponte, que em princípio pode ser fora do território, e determina o estatuto pessoal de cada cidadão. Inicialmente chamada de “inter-regionais”, hoje pode ser chamada de “inter- autonómicas” sob o novo planeamento territorial com base nas comunidades autónomas, que estabelece a Constituição Espanhola de 1978.

Na multiplicidade de sistemas jurídicos, cada um dos quais tinha a sua própria lei complementar, onde num deles estava presente a lei romana e cânone. Foi objecto de uma gestão com compilações de direito civil, que foram desenvolvidas para os territórios regionais na segunda metade do século XX. Estas regiões ou territórios forais, hoje erigidos em comunidades autónomas, são capazes de manter e desenvolver a sua própria lei civil, que está contida em tais compilações. Portanto, como Aragão, Baleares, Catalunha, Galiza, Navarra e País Basco podem manter um direito civil comum subtil, diferente do recolhido no Código Civil acima mencionado. Na jurisdição, Extremadura continua a ser uma regra costumeira válida. Enquanto outras regiões como Valência, pode procurar manter os seus direitos de idade e possuir a sua própria lei civil. Este artigo sugere que as regras são baseadas no arrendamento ou direitos civis especiais, que cada advogado deve levar em conta, ao ter que consultar ou aplicar a lei civil espanhola, dada a diversidade dos sistemas jurídicos em vigor em Espanha.

Palabras clave: Estatuto personal, Vecindad civil, Derecho foral español, Comunidades Autónomas

Palavras-chave: Estatuto pessoal, Vecindad civil, Direito espanhol foral, Comunidades Autónomas

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho internacional privado, entendido desde la concepción germánica mayoritaria, es decir, como “conflicto de leyes”, y desde la óptica europea, prescindiendo de antecedentes remotos como los de los mundos griego y romano, tuvo su origen con la aparición de los conflictos *internos* desde que a fines del siglo XII las ciudades del norte de Italia pusiesen en práctica las disposiciones del famoso tratado de paz de Constanza. Históricamente puede afirmarse que gran parte de Estados que hoy configuran la Comunidad Internacional de Estados son plurilegislativos lo que genera la aparición del *conflicto interno de leyes*, en sus modalidades de “conflictos de leyes internacionales, interestatales, interprovinciales, interreligiosos, etc., todos los cuales entran en el campo del Derecho internacional privado”, como recuerda el que fuera gran figura del Derecho internacional privado en la América hispana, el brasileño Haroldo Teixeira Valladao¹. Y esa particularidad no fue ajena a España donde, desde hace siglos, los distintos reyes fueron otorgando “fueros” (legislación específica) a los diferentes territorios y ciudades. Esta situación nunca desapareció de la historia española y así se llegó a la publicación del Código civil en 1889² que intentó ya determinar con reglas específicas a qué ordenamiento jurídico civil quedaba sujeto cada ciudadano español. Esa normativa fue objeto de modificaciones en la reforma que el Título Preliminar de dicho cuerpo legal sufrió en 1974, y posteriormente hasta llegar al Derecho actualmente vigente. Todo español, por el hecho de serlo y desde que adquiera esa condición hasta el momento en que la pierda, posee, a la vez que la nacionalidad, una *vecindad civil* y sólo una, condición que no puede poseer ningún extranjero. No puede darse el caso de una doble vecindad civil, sí que todo español puede mudar de vecindad civil a lo largo de su vida, pero en el momento de adquirir una nueva vecindad inexorablemente pierde la vecindad civil que venía poseyendo. Esto hace que ese operador jurídico extranjero deba, en primer término, aplicar las *reglas internas* que determinan el ordenamiento jurídico, dentro de la pluralidad existente, al que está en ese momento sujeto, lo que regulan los artículos 14 y 15 del referido Código civil, siendo igualmente fundamental el artículo 16.3, en cuanto al régimen económico matrimonial³. El primero de ellos contemplando a quien es español desde

1 VALLADAO, H. *Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, trad. esp. México: Editorial Trillas, 1987, p. 26.

2 La referencia al “Código civil de 1889” parece hoy necesaria, al ser el Código civil del Estado, puesto que algunas Comunidades Autónomas, como Cataluña o Aragón, han procedido a *codificar* su Derecho propio en un cuerpo legal que denominan también “Código”, lo que podría dar lugar a confusiones. En estas páginas la expresión “Código civil” se refiere siempre al Código civil de 1889, es decir, al Código civil del Estado.

3 Artículo 14: 1. La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil. 2. Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad. Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes. 3. Si al nacer el hijo, o

el momento de adquirir personalidad, y el segundo a los extranjeros que adquieren la nacionalidad española por alguna de las vías previstas para ello. Sólo así podrá localizar las normas que para esa persona constituyen su ley española. Y estos preceptos citados solamente serán aplicables si la persona posee la nacionalidad española, y no en caso de que sea no española.

Tradicionalmente denominados en España “conflictos interregionales”⁴, en función de las diversas regiones en las que se aplicaban, y se siguen aplicando, los ordenamientos jurídicos propios de cada una (fueros), hoy la doctrina afirma que pueden recibir un nombre acorde con la estructura territorial del Estado español resultante de la configuración que ha establecido

al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquél de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento, y, en último término, la vecindad de derecho común. Sin embargo, los padres, o el que de ellos ejerza o le haya sido atribuida la patria potestad, podrán atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos en tanto no transcurran los seis meses siguientes al nacimiento o a la adopción. La privación o suspensión en el ejercicio de la patria potestad, o el cambio de vecindad de los padres, no afectarán a la vecindad civil de los hijos. En todo caso el hijo desde que cumpla catorce años y hasta que transcurra un año después de su emancipación podrá optar bien por la vecindad civil del lugar de su nacimiento, bien por la última vecindad de cualquiera de sus padres. Si no estuviera emancipado, habrá de ser asistido en la opción por el representante legal. 4. El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro. 5. La vecindad civil se adquiere: 1º Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad. 2º Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas 6. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento. Artículo 15: 1. El extranjero que adquiere la nacionalidad española deberá optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de las vecindades siguientes: a) La correspondiente al lugar de residencia. b) La del lugar del nacimiento. c) La última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes. d) La del cónyuge. Esta declaración de opción se formulará, atendiendo a la capacidad del interesado para adquirir la nacionalidad, por el propio optante, por sí o asistido de su representante legal, o por este último. Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal, la autorización necesaria deberá determinar la vecindad civil por la que se ha de optar. 2. El extranjero que adquiere la nacionalidad por carta de naturaleza tendrá la vecindad civil que el Real Decreto de concesión determine, teniendo en cuenta la opción de aquél, de acuerdo con lo que dispone el apartado anterior u otras circunstancias que concurran en el peticionario. 3. La recuperación de la nacionalidad española lleva consigo la de aquella vecindad civil que ostentara el interesado al tiempo de su pérdida. 4. La dependencia personal respecto a una comarca o localidad con especialidad civil propia o distinta, dentro de la legislación especial o foral del territorio correspondiente, se regirá por las disposiciones de este artículo y las del anterior. Artículo 16.3: Los efectos del matrimonio entre españoles se regularán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código Civil. En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código Civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación. Hay que advertir que las reglas de colisión para los conflictos internacionales (artículos 9, 10 y 11 del Código civil, que contemplan los estatutos personal, real y formal, respectivamente) son aplicables igualmente a los conflictos internos de leyes con dos particularidades: por ley personal se considerará la *vecindad civil*, y no serán aplicables las reglas de interpretación conflictual relativas a calificación, reenvío y orden público internacional.

4 Una exposición general de la actual situación española en materia de ordenamientos jurídicos civiles puede verse en TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio: *De conflictu legum diversarum: el pluriverso jurídico-político español, discurso de ingreso como Académico de Número en la Real Academia de Doctores de España, leído el 21 de mayo de 2014*. Madrid: 2014, 143 p., (incluida la contestación).

la Constitución Española de 1978, y que se concreta en la existencia de diecisiete Comunidades Autónomas y dos Ciudades Autónomas⁵. De ahí que puedan ser hoy denominados “conflictos interautonómicos”. De ellas, las antiguas “regiones” en que ha regido y rige el llamado “*Derecho especial o foral*” frente a aquéllas en las que rige el *Derecho común* (Código civil) son las de Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Extremadura (no en todo su territorio sino sólo en determinadas comarcas de esa Comunidad Autónoma), Navarra y País Vasco. No obstante, alguna Comunidad Autónoma en la que rige el Derecho civil común, como la Comunidad Valenciana, ha promulgado leyes que entendemos exceden de sus competencias legislativas (p. ej. en materia de régimen económico del matrimonio), e incluso alguna de las Comunidades regidas por su propio Derecho especial o foral, como la Comunidad de Baleares, parece posibilitar la aplicación de su Derecho a personas de vecindad civil diferente que estén domiciliadas en su territorio.

2. REGÍMENES JURÍDICOS CIVILES COEXISTENTES EN ESPAÑA

Ante todo debe señalarse que hasta la adopción de las Compilaciones de Derecho civil especial o foral, una codificación que tuvo lugar en la segunda mitad del siglo XX, a excepción del Apéndice foral que recopiló el Derecho de Aragón en 1928 y estuvo vigente hasta la nueva Compilación por la que quedó derogado, cada uno de los Derechos forales tuvo su propio y específico Derecho supletorio con un complejo y amplio número de normas, con el consiguiente orden de prelación, siendo de destacar que en alguno de ellos estaba presente el Derecho romano y el Derecho canónico⁶. Las referidas Compilaciones, salvo aspectos muy puntuales (p. ej. la de Cataluña deja vigente la doctrina hasta entonces sentada por el Tribunal Supremo), derogaron todo el Derecho anterior, que venía siendo aplicable. Hoy, con la existencia de las Comunidades Autónomas, puede afirmarse, con carácter general, que el orden de prelación de normas es el siguiente: 1) normas emanadas del Parlamento autonómico correspondiente; 2) en su defecto la pertinente Compilación de Derecho civil; y 3) en su defecto el Código civil, tal como actualmente está vigente. Veamos seguidamente las normas básicas de cada una de las Comunidades Autónomas con el tan citado Derecho civil foral especial o foral, que difiere del Derecho común que está contenido en el referido Código civil, así como en las

⁵ Las Comunidades Autónomas son: Andalucía, Aragón, Asturias, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Castilla-León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra y País Vasco. Las Ciudades Autónomas son: Ceuta y Melilla.

⁶ Vid. CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Derecho civil de España. Parte general*. 3ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955, vol I, p. 289 y ss. En esta obra se presenta de modo exhaustivo y con todo detalle la compleja llamada *cuestión foral*.

leyes aplicables en todo el territorio nacional⁷.

2.1. Aragón

La instauración en España del Estado autonómico significó que se abriese una nueva etapa para el histórico Derecho foral aragonés, y en este sentido recuperaba Aragón su capacidad para legislar en materia de Derecho civil propio en el marco de lo previsto en la Constitución del Estado y en su Estatuto de Autonomía. Como en el resto de Comunidades Autónomas, con Derecho foral propio, la tarea consiste en conservar, modificar y desarrollar el Derecho aragonés, e igualmente la de aprobar el Derecho procesal derivado de las particularidades del Derecho sucesorio aragonés, una función que corresponde a las Cortes de Aragón. La última actualización de la normativa foral actualmente vigente en esta Comunidad Autónoma, es el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, como Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, que comprende 599 artículos⁸. El orden de presentación de materias respeta las líneas de la Compilación, si bien el Libro Primero de ésta, Derecho de la persona y de la familia, se articula en dos: Libro Primero, Derecho de la persona y Libro Segundo: Derecho de la familia, en atención al considerable grado de extensión que tanto el Derecho de la persona como el de la familia han alcanzado con las últimas reformas legales en esta Comunidad; el Libro Tercero trata del Derecho de sucesiones por causa de muerte y el Cuarto se ocupa del Derecho patrimonial; en este último Libro se agrupan los contenidos de los Libros Tercero y Cuarto que se encargan del Derecho de bienes y del Derecho de obligaciones de la Compilación respectivamente, como ya hiciera la LE0000439072_20110101Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial.

El sistema histórico-jurídico de Aragón, se adelantó en siglos a lo que hoy puede leerse en los Códigos de nuestro entorno⁹. El legislador

⁷ El contenido del Derecho especial o foral vigente en las Comunidades Autónomas donde rige está recopilado en el volumen publicado por el BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Leyes Cíviles Forales*. 3ª ed. Madrid, 2013, 1294 p.

⁸ Sobre el Derecho civil aragonés vid. SERRANO GARCÍA, José Antonio. "Derecho civil de Aragón: presente y futuro". *Revista Jurídica de Navarra*. 2008, nº 46, p. 109-166, y PARRA LUCÁN, María Ángeles. "El Derecho civil de Aragón". *Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics*. 2010, vol 2, nº 54, p. 113-130.

⁹ En el Derecho aragonés histórico tuvo especial importancia la regulación de la capacidad de las personas en razón de la edad, como consecuencia de que en Aragón no tuvo entrada la patria potestad romana. *De consuetudine Regni non habemus patriam potestatem* es un aforismo recogido en las Observancias que no solamente expresa unas relaciones entre padres e hijos menores, dirigidas al bienestar de los hijos, sino que, caso raro en Europa hasta la edad contemporánea, no conoce otras limitaciones a la capacidad de los sujetos que las necesarias para su protección por su minoría de edad o las graves dificultades para gobernarse por sí mismos. Al no haber patria potestad, todos los aragoneses y aragonesas alcanzaban la plena

actual es conocedor de aquella realidad histórica y su plasmación en la Compilación de 1967, a la vez que declaraciones internacionales y españolas establecen parámetros muy exigentes en el tratamiento de los derechos de las personas menores de edad o incapaces de obrar. Parece que no hay contradicción entre el Derecho histórico aragonés y las concepciones del siglo XXI, sino que el desarrollo de este Derecho enlaza con las más altas exigencias e ideales de la regulación del Derecho de la persona. A esta normativa hay que añadir la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la Casación Foral Aragonesa.

2.2. Baleares

El Derecho civil especial o foral de estas islas, no es único para todo el archipiélago ya que rigen diferentes Derechos civiles, así la isla de Mallorca está sujeta a unas normas mientras otras distintas rigen para la isla de Menorca, sucediendo lo propio con las islas de Ibiza y Formentera, ambas sujetas a la misma normativa¹⁰. Sus normas de aplican con preferencia al Código civil y al resto de leyes estatales, de conformidad con lo establecido en la Constitución Española, y en su Estatuto de Autonomía, sin perjuicio de las normas de carácter civil que, según el propio texto constitucional sean de aplicación general y directa. Debe interpretarse e integrarse tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas Baleares (Illes Balears). Supletoriamente, en defecto de ley y costumbre en el Derecho balear se aplicará el Código civil y demás leyes civiles estatales, siempre y cuando sus normas no se opongan a los principios de su ordenamiento jurídico, es decir, que no contravengan a u propio orden público interno. Las normas del Derecho civil especial o foral de Baleares tienen eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma y son de aplicación a quienes residan en él sin necesidad de probar su vecindad civil, salvo en los casos en que, conforme al Derecho interregional o internacional privado, deban ser aplicadas otras normas, lo que significa que los residentes españoles con vecindad civil distinta deberán alegarla, y naturalmente los extranjeros deben hacer lo propio respecto a su nacionalidad. La vecindad y los conflictos interinsulares de normas (es decir, los que se producen dentro de la Comunidad Autónoma) se regulan por el Código civil y demás disposiciones de aplicación

capacidad de obrar al cumplir determinada edad, fijada en los Fueros más antiguos en los catorce años, y que se mantuvo así con el complemento de una protección a su inexperiencia hasta cumplir los veinte: edad que seguía contrastando con la de los veinticinco, que, procedente del Derecho romano, era la más habitual en la Península Ibérica y en Europa.

¹⁰ Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares, vid. Boletín Oficial de las Islas Baleares (BOIB), nº 120, de 2 de octubre de 1990, p. 6097 a 6103.

general. Dos importantes leyes deben ser destacadas, la Ley 18/2001, de 9 de diciembre, de parejas estables, y la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas¹¹, junto a las normas fundamentales contenidas en la Ley 8/1990, de 28 de junio, sobre la Compilación del Derecho civil de Baleares, que ha venido a modificar multitud de preceptos de la vieja Compilación del Derecho civil especial de Baleares que fue aprobada por la Ley 5/1961, de 19 de abril. Las disposiciones aplicables en la isla de Mallorca regulan el régimen económico matrimonial, las sucesiones (institución de heredero, sustitución fideicomisaria, cuarta falcidia, legítimas, testamentos, y sucesión abintestato), y los derechos reales. En cuanto a las disposiciones aplicables en la isla de Menorca la particularidad radica en la regulación de la institución allí conocida como Sociedad Rural, que resulta del pacto entre el titular de un predio rústico y un cultivador, que confiere a los dos consocios conjuntamente su representación. En fin, en cuanto a las reglas específicas aplicables en las islas de Ibiza y Formentera estas se refieren a régimen económico matrimonial, sucesiones (delación hereditaria, sucesión testada, fiducia sucesoria, pactos sucesorios, sustituciones, legítimas y sucesión abintestato), derechos reales y obligaciones y contratos.

2.3. Cataluña

Con una histórica y amplia legislación foral la Compilación de Derecho Civil foral de Cataluña fue aprobada por la Ley de 21 de julio de 1960 y luego modificada por la Ley del Parlamento Catalán de 20 de marzo de 1984, que se dictó con el propósito de adaptar la misma a la Constitución Española de 1978, aprobándose el Texto Refundido por el Real Decreto Legislativo de 19 de julio de 1984, que a su vez fue modificado por diversas leyes aprobadas por el Parlamento Catalán¹².

Con fecha 30 de diciembre de 2002, por el Parlamento Catalán, se dictó la denominada primera Ley del Código Civil de Cataluña en la que se establece la estructura del que pretende ser el futuro Código Civil de Cataluña, dividido en seis Libros. Esta Ley aprueba asimismo el Libro I, que comprende dos Títulos, el primero que comprende las disposiciones preliminares y el segundo la prescripción y la caducidad, que entró en vigor el 1 de enero de 2004. El Libro V, fue aprobado por ley del 10 de Mayo de 2006.

11 Sobre el Derecho civil balear vid. FERRER VANRELL, María Pilar. "Las fuentes del Derecho civil balear". *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2000, año 56, nº 1918, p. 1817-1841, y de la misma autora: "El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares y la competencia legislativa en derecho civil propio". *Revista Jurídica de les Illes Balears*. 2004, nº 2, p. 33-68.

12 Sobre el Derecho foral catalán vid. CORRAL GIJÓN, María del Carmen. "De la Compilación de Derecho civil a los Códigos de Cataluña". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 2000, nº 656, p. 9-36, y VAQUER Aloy, Antoni. "El Derecho civil catalán: presente y futuro". *Revista Jurídica de Navarra*. 2008, nº 46, p. 69-108.

El fundamento legal para la aprobación del Código es el artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que realiza una interpretación del artículo 149.1.8 de la Constitución flagrantemente contraria a las sentencias del Tribunal Constitucional números 88 y 156, de 1993. La redacción del citado artículo 129 ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad y, obviamente, no es este el lugar para entrar a analizar la posible legitimidad que pueda tener en Parlamento de Cataluña para legislar, con el fin de conservar, desarrollar o modificar, sobre aquellas instituciones ya existentes, u otras *ex novo*. En cualquier caso debe señalarse que la doctrina se halla dividida, y que el citado precepto del Estatuto de Autonomía catalán pretende, únicamente, establecer la realidad legislativa que se produce en Cataluña, así como mostrar la existencia del futuro Código civil de Cataluña.

De los citados seis Libros del Código debe señalarse que vigentes, por el momento, solo hay dos: el Libro primero y el Libro quinto. El primero se ocupa de las disposiciones generales, trata de temas como son la regulación de la prescripción y la caducidad. El segundo se ocupa de la persona y la familia en el que se incorporará el Código de Familia y el Código de Sucesiones, así como otras leyes que puedan tratar sobre la protección de los menores o instituciones como la tutela, la curatela, etc.; el tercero regula la persona jurídica que, en este sentido, se encuentra con la restricción del desarrollo en materia de legislación mercantil por ser ésta de competencia exclusiva del Estado central y, por tanto, no cabe la regulación de las sociedades mercantiles pero, en cambio, sí podrá incorporar las actuales leyes que regulan las asociaciones y fundaciones; el cuarto contempla las sucesiones que ha incorporado el vigente Código de Sucesiones catalán; el quinto contiene la normativa sobre derechos reales en el que se han incorporado determinadas leyes del Parlamento de Cataluña, como son las relativas a los censos, a los derechos de usufructo, uso habitación y superficie, a los derechos de servidumbres, accesión, ocupación y derechos reales de garantía; y, en fin, el sexto trata de las obligaciones y los contratos, materias sobre las que el Estado central se reservó competencia exclusiva, concretamente en la cuestión de bases de las obligaciones contractuales.

El artículo 14 del Código civil, que anteriormente ha sido transcrito, establece que la sujeción al Código civil o al Derecho territorial viene determinado por la vecindad civil. Por lo que éste será el primer criterio para que, ante un supuesto de hecho determinado se pueda aplicar la ley foral. A modo de recordatorio la aludida vecindad civil puede venir determinada por varias circunstancias: 1) *iure sanguinis*, es decir que el nacido adquiere la vecindad civil que tuviere el padre o la madre independientemente del lugar en el que hubiere ocurrido el nacimiento; 2) *iure soli*, es decir, con progenitores de vecindad civil distinta ésta viene determinada por el lugar de nacimiento. El Código civil catalán,

en su artículo 111.3 establece que el Derecho civil catalán tiene eficacia territorial, es decir que se aplicará independientemente de la vecindad civil que pueda tener un sujeto determinado si en el momento en que acaecen los hechos se hallare en Cataluña, pero añade “sin perjuicio de las excepciones que pudieran establecerse en cada materia”. Dentro del conjunto normativo que actualmente rigen en la Comunidad Autónoma catalana, importantes leyes civiles que no pueden ser omitidas, así la Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas; Ley 2/2005, de 4 de abril, de contratos de integración; Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo; Ley 5/2009, de 28 de abril, de los recursos contra la calificación negativa de los títulos o de las cláusulas concretas en materia de derecho catalán que deban inscribirse en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles de Cataluña; Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado; y Ley 4/2012, de 5 de marzo, del Recurso de casación en materia de Derecho civil de Cataluña.

2.4. Extremadura

Rige en parte de esta Comunidad Autónoma una norma singular consuetudinaria: el Fuero del Baylío¹³, que es una práctica asentada en algunas zonas de Extremadura, sobre todo de la provincia de Badajoz, por la cual todos los bienes aportados por los cónyuges al matrimonio se hacen comunes en el momento de la liquidación la sociedad conyugal por separación, divorcio o muerte, sin embargo en este punto la doctrina no es pacífica al defender algún sector que comienza a regir en el momento de la celebración del matrimonio. Fue introducida por los Templarios en el siglo XIII a través del Baylío de Jerez de los Caballeros, quien autorizó la costumbre de casarse por el régimen de comunidad universal. Aunque los territorios en donde se aplica nunca tuvieron autonomía legislativa, y, además, se trata de Derecho común derogado por el art. 1976 del Código civil, hay que reconocer que la práctica y la jurisprudencia se han venido pronunciando en sentido favorable a la subsistencia de dicho fuero, y sobre ello no existe duda alguna.

El Fuero de Baylío se aplica en las siguientes localidades de la provincia de Badajoz, una de las dos que componen la Comunidad Autónoma de Extremadura: Alburquerque, Atalaya, Alconchel, Burguillos del Cerro, La Codosera, Cheles, Fuentes de León, Higuera de Vargas, Jerez de los Caballeros (y por estar incluidos en su término municipal, rige también en Brovales, La Bazana y Valuengo), Oliva de la Frontera, Olivenza y sus aldeas de Santo Domingo, San Benito, San

13 Vid. MADRID DEL CACHO, M. *El Fuero del Baylío. Un enclave foral en el Derecho de Castilla*. Córdoba: s.n., 1963; CERRO Y SÁNCHEZ-HERRERA, E. *Aportación al estudio del Fuero del Baylío*. Madrid, 1964, y SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS, J. “Origen jurídico del Fuero del Baylío”. [Tesis doctoral]. Badajoz, 2004.

Francisco y San Rafael, Tálaga, Valverde de Burguillos, Valencia del Ventoso, Valencia del Mombuey, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana, Villanueva del Fresno, Zahínos. Fuera de la citada Comunidad Autónoma se ha venido sosteniendo que es aplicable también en la Ciudad Autónoma de Ceuta, sin embargo el fuero vigente en Ceuta no es el del Baylío, sino el fuero portugués de “a metade”, de idéntico contenido al del Baylío, que regía ya durante la época en que Ceuta era portuguesa y que continuó aplicándose en la ciudad cuando esta pasó a la soberanía de España.

En cuanto a la determinación de los matrimonios que se hallan sometidos al conjunto normativo del Fuero, con carácter previo hay que decir que, dado el régimen de absoluta libertad que nuestro Ordenamiento civil, con carácter general, concede a quienes van a contraer matrimonio para que estipulen “las condiciones de la sociedad conyugal relativa a los bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”, resultaría absurdo pretender que para que tuviera efectos el Fuero del Baylío fuera necesario que los futuros contrayentes tuvieran que solicitar su aplicación, o acogerse a él, de forma expresa.

Por tanto, a falta de una específica determinación del régimen realizada en escritura pública de capitulaciones matrimoniales y de una expresa renuncia al Fuero, será éste y no el régimen supletorio legal de gananciales, del artículo 1315 del Código civil, el que vendrá a regular los matrimonios celebrados entre los aforados, con algunas matizaciones que se pasan a exponer a continuación, según se trate de matrimonios celebrados con anterioridad o con posterioridad a la reforma que el Código civil sufrió el año 1990: A) Matrimonios celebrados antes de la reforma del Código civil operada por la Ley de 15 de octubre de 1990. El apartado 2 del art. 9 del C. c establecía que “las relaciones personales entre los cónyuges se regirán por su última ley nacional común durante el matrimonio, y en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración”. Se tomaba al varón como punto de referencia en la determinación de las normas aplicables al régimen económico matrimonial. De este modo, se regirían por el Fuero del Baylío los matrimonios contraídos dentro o fuera del territorio del Fuero por marido y mujer aforados o por mujer de vecindad civil común, o de otra zona de derecho foral, y marido aforado: ley común o foral del marido al tiempo de contraerlo y no sufrirá variación por cambio de vecindad civil o de leyes, sin que interese en absoluto ni la situación de los bienes ni el lugar de celebración del matrimonio. B) Régimen vigente tras la mencionada reforma de 1990 del Código civil. El párrafo segundo del artículo 9 del Código civil ha quedado redactado así: “Los efectos del matrimonio se regularán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la

ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio”.

Según lo expuesto el panorama de los matrimonios sometidos al Fuero del Baylío es este: 1) si se trata de contrayentes naturales ambos de cualquiera de los pueblos incluidos en su ámbito geográfico; 2) si sólo uno de ellos es natural de alguno de estos pueblos, deben pactar la sujeción al Fuero antes de la celebración del matrimonio y en escritura pública; 3) si sólo uno de ellos es natural de la localidad con aplicación del fuero, y no produciéndose la anterior elección, resulta ser el pueblo aforado la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración; 4) y si, dándose los mismos presupuestos que el apartado anterior, no existe tal residencia común y el matrimonio se celebró en cualquiera de los pueblos sometidos al Fuero.

En los matrimonios sujetos al Fuero de Baylío se produce una comunidad patrimonial, en la que todos los bienes aportados al matrimonio, antes o después de la celebración por cualquiera de los cónyuges y cualquiera que sea su procedencia (herencia, donación, compra, etc.), se hacen comunes y corresponden por mitad a cada uno de los cónyuges. Esa comunidad universal de bienes actúa, según gran parte de la doctrina y de jurisprudencia, desde el momento de disolverse la sociedad, pudiendo mientras tanto los cónyuges disponer de los bienes propios con absoluta libertad.

Pero como ya se ha apuntado antes no hay unanimidad de opiniones ni en la doctrina ni en las Sentencias de nuestros Tribunales. No obstante, la opinión generalizada, tanto doctrinal como de la reciente jurisprudencia (así la Sentencia de la Audiencia provincial de Badajoz, de 3 de abril de 2002) es la de que los efectos del Fuero de Baylío comienzan a la hora de la disolución del matrimonio.

2.5. Galicia

La norma básica para esta Comunidad Autónoma es la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia¹⁴, que está vigente desde el 19 de julio de 2006. El Derecho civil gallego¹⁵ y la variedad de instituciones que lo conforman, está compuesto por conjunto normativo que aparece como una creación genuina del pueblo gallego, y como derecho regulador de relaciones entre sujetos privados, surge a

¹⁴ *Diario Oficial de Galicia (DOG)*, nº 124, de 29 de junio de 2006 y *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, nº 191, de 11 de agosto de 2006.

¹⁵ Vid. BELLO JANEIRO, Domingo, et al. *El desarrollo del derecho civil autonómico en el marco constitucional: el caso gallego*. Madrid, 2010, y REBOLLEDO VARELA, Ángel. “Derecho civil de Galicia: presente y futuro”. *Revista Jurídica de Navarra*. 2008, nº 46, p. 11-44.

lo largo de los siglos en la medida en que su necesidad se hace patente, frente a un derecho que, por ser común, negaba sus peculiaridades jurídicas emanadas del más hondo sentir de ese pueblo. Es fruto de la realidad social y, como tal, cambiante a lo largo del tiempo, de forma que mientras unas instituciones pierden vigencia van apareciendo otras que tratan de acomodarse a la nueva situación.

El proceso de creación consuetudinario y del Derecho civil, que se produce en función de una realidad concreta en el tiempo y en el espacio, se vio, ciertamente, interrumpido por el movimiento codificador uniformador surgido en el siglo XIX, siendo, precisamente, el Código civil el que situó al margen de la legalidad vigente a una buena parte de ese Derecho civil propio de Galicia, sin que esta situación se haya visto, ni mucho menos, resuelta con la promulgación, en 1963, de la Compilación del Derecho civil de Galicia, fragmentaria e incompleta, falta de entidad propia de un auténtico sistema jurídico y, en consecuencia, en buena parte, de espaldas a la realidad social.

El Estatuto de Autonomía de Galicia, de 1981, creó un nuevo marco, dentro del que puede conservarse, modificarse y desarrollarse el Derecho civil gallego, tal como determina en el artículo 27.4, al fijar la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.8.) de la Constitución Española de 1978. El marco estatutario se completó, además, con sus previsiones específicas sobre la parroquia rural, de acuerdo con los artículos 27.2 y 40 del Estatuto, que asoma en las disposiciones de la ley sobre la comunidad vecinal, sobre las comunidades de aguas o sobre el régimen jurídico de los montes vecinales en mano común, incorporados al Derecho autonómico por razón de lo previsto en dicho artículo 27 del propio Estatuto, entre otras competencias que inciden, naturalmente, sobre los más diversos aspectos de las relaciones jurídico-privadas.

De trascendencia singular para el Derecho civil gallego es el artículo 38.3 del Estatuto de Autonomía, expresivo de las fuentes del Derecho propio de Galicia, según el cual: “En la determinación de las fuentes del derecho civil el Estado respetará las normas del Derecho civil gallego”. Esta ley, en su título preliminar, hace uso de esta facultad y especifica nítidamente que el Derecho civil de Galicia está integrado por los usos y costumbres propios y las normas contenidas en esa ley, así como por las demás leyes gallegas que lo conserven, desarrollen o modifiquen. En los demás artículos del título preliminar se completa el marco de las normas del Derecho civil de Galicia dentro de las más estrictas previsiones constitucionales y estatutarias.

Importante es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, particularmente sus Sentencias 182/1992, sobre la Ley 2/1986, de 10 de diciembre, del Parlamento de Galicia, de prórroga en el régimen de arrendamientos rústicos para Galicia, y la Sentencia 121/1992 que afirma

la competencia del Parlamento gallego para la recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el territorio autonómico, en las cuales no es posible detenerse por razón de espacio. En definitiva se sostiene que en la idea de “institución” jurídica se integran o pueden integrarse, con naturalidad, posibles normas consuetudinarias, y en ese mismo sentido se pronunciaron diversos congresos de Derecho gallego, cuando proclamaron que la Compilación de 1963 no era la expresión completa del Derecho civil gallego y, al contrario, fuera de ella pervivían muchas instituciones que esperaban su incorporación al derecho vigente.

La vigente Ley de Derecho civil de Galicia intenta, pues, desarrollar, en todos sus aspectos, aquellas instituciones jurídico-privadas que realmente estuvieran vivas en el Derecho propio de Galicia aunque, seguramente, existen, no obstante, instituciones que la ley no regula y que tienen méritos propios para ser incorporadas al derecho escrito de Galicia. Se está, pues, ante el derecho “vivo” de Galicia, nacido en los campos gallegos, como emanación singular de un rico Derecho agrario, desbordado hoy, incluso en la vida cotidiana de sus urbes. Lejos de la preocupación de cualquier tentación arqueológico-jurídica, la ley pretende regular instituciones válidas para los intereses y necesidades del pueblo gallego. Las comunidades de montes vecinales en mano común, las de aguas, las agras y los vilares tienen una regulación específica. La duda sobre la posible incorporación de una regulación de los muíños de herdeiros como una institución viva del Derecho gallego llevó a la ponencia al convencimiento de la oportunidad de su inclusión, por cuanto podía tener de interés como elemento de interpretación e integración de un sistema jurídico-civil propio de Galicia. El título dedicado a las serventías ocupa un ancho y largo espacio, ya que las relaciones de vecindad y la propia configuración del sistema agrario gallego así lo aconsejan. En cuanto a los contratos, la aparcería, el arrendamiento rústico y el lugar acasado tienen hoy una excelente vitalidad, lo que aconsejó su regulación por medio de la Ley 2/2006, de 14 de junio, a la que nos venimos refiriendo.

Si vivo y expresivo de un Derecho propio es lo señalado, se completa su riqueza con aquellas instituciones constitutivas de un régimen económico familiar con fórmulas específicas de Derecho sucesorio, integradoras de unas relaciones jurídico-privadas de gran alcance, puesto que definen las formas familiares y el papel de la casa en el desarrollo no sólo del Derecho gallego, sino también de grandes elementos explicativos de la cultura gallega. Instituciones como el vitalicio, tan vivo en la realidad social gallega, alcanzan ahora un estatuto jurídico que las circunstancias de nuestro tiempo reclaman.

La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, marcó el camino en el ejercicio de la competencia para la conservación, modificación

y desarrollo de las instituciones del Derecho civil gallego conforme al artículo 27.3 del Estatuto de Autonomía de Galicia. Se conserva, pues, la regulación existente de muchas de las instituciones tradicionales, mas una eficiente política legislativa debería intentar mejorar algunos aspectos de las instituciones referidas a los montes vecinales en mano común, las aguas de torna a torna o pilla pillota, el cómaro, ribazo o arró, las serventías, las servidumbres de paso, la aparcería del lugar acasurado, el derecho de labrar y poseer, la compañía familiar gallega, el régimen económico familiar y el importante título referido a los derechos sucesorios, todo lo cual pone de relieve la riqueza de las instituciones del Derecho civil gallego. Con el fin de mejorar el texto legislativo vigente, se dieron pasos a favor de la modificación de algunos artículos relativos a las fuentes del Derecho civil (artículo 1), los arrendamientos rústicos -por la incidencia de las leyes estatales 49/2003, de 26 de noviembre, y 26/2005, de 30 de noviembre-, las aparcerías y el derecho sucesorio, así como la obligación de prestar alimentos a hijos y ascendientes que los precisen, sin tener que reunir la condición de comunes

En fin, también se acometió el desarrollo, en el Derecho civil de Galicia, de algunas materias no reguladas en la Ley de 24 de mayo de 1995, como son las relativas a la protección de menores, la adopción y la autotutela, instituciones que se recogen en cuarenta y seis artículos en su vertiente civil, dejando fuera de su ámbito los aspectos administrativos y procesales, siendo igualmente de destacar la regulación y desarrollo de las instituciones derivadas de relaciones de vecindad, como son la gavia, el resío, la venela y los montes abertales, instituciones todas de Derecho consuetudinario.

2.6. Navarra

El Derecho civil foral de esta Comunidad Autónoma está contenido en la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la denominada Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra¹⁶, vigente desde el 27 de marzo de 1973. La mencionada Compilación, llamada también Fuero Nuevo de Navarra, vino a recoger el Derecho Civil de Navarra que en aquel momento estaba vigente, conforme a la tradición y a la observancia práctica de sus costumbres, fueros y leyes.

La Compilación fue modificada por los Reales Decretos-leyes de 26 de diciembre de 1975 y 5 de diciembre de 1978, a fin de ajustar el Derecho Civil Foral de Navarra a los principios que habían presidido la reforma del Código civil en lo relativo a la capacidad de la mujer casada y a la mayoría de edad, respectivamente.

No obstante, actualmente, una buena parte de los preceptos de la

¹⁶ *Boletín Oficial del Estado (BOE)*, nº 57, de 7 de marzo de 1973. Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, p. 4537 a 4547.

Compilación, en particular los que componen el Derecho de familia, no sólo se avienen mal con la realidad social sobre la que operan, sino que, en ocasiones, llegan a contradecir principios contenidos en el título I de la vigente Constitución Española de 1978, infringiendo, por consiguiente, el artículo 6.º de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, a cuyo tenor “los navarros tendrán los mismos derechos, deberes y libertades fundamentales que los demás españoles”. Se hizo preciso, por tanto, modificar la Compilación a que nos referimos, a fin de acomodarla, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo, a los citados principios constitucionales y, en definitiva, a la actual realidad social de Navarra.

Ese ha sido el objetivo fundamental de esta Ley Foral, que se dictó en ejercicio de la competencia exclusiva que, en materia de Derecho Civil Foral, reconoce a Navarra el artículo 48, 1, de la referida Ley Orgánica y al amparo de lo dispuesto en el apartado 2 de dicho artículo en el que se determina que la conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, se llevará a cabo, en su caso, mediante Ley Foral. Aun cuando determinadas modificaciones que esta Ley foral viene a introducir obedecen a razones de carácter técnico-jurídico derivadas de la aplicación práctica de la Compilación y de su interpretación doctrinal y jurisprudencial, la mayor parte de ellas tratan de suprimir las discriminaciones hasta ahora existentes en el Derecho Civil Foral de Navarra por razón de sexo, nacimiento o estado civil. Es necesario advertir que, con la entrada en vigor de la ya citada Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, quedaron derogadas las disposiciones finales de la Compilación relativas a su régimen de modificación y revisión. De ahí que esta Ley foral venga a suprimir formalmente dichas disposiciones.

El respeto a los principios proclamados en la Constitución Española, y la fidelidad a la tradición jurídica navarra, en la medida que resulte compatible con aquéllos, han sido, en conclusión, los principios inspiradores de la tan citada Ley foral. De este modo, la tradición y el progreso siguen siendo, hoy como lo fueron ayer, los cauces por los que sigue discurriendo el ordenamiento jurídico civil de ese antiguo reino¹⁷. Las leyes aplicables en Navarra, como derecho propio de esa Comunidad Autónoma, en la Compilación de 1973 ya citada, con las modificaciones a que fue sometida posteriormente, se refieren a personas y familia, donaciones y sucesiones, así como a los bienes. Deben añadirse tres importantes leyes: 1) Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables; 2) Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, y

¹⁷ Sobre el Derecho foral navarra vid. OLAECHEA, Enériz. *Derecho local de Navarra*. s.l.: Instituto Navarro de Administración Pública, 2005, y del mismo autor *Régimen foral de Navarra*: Pamplona, 2007.

3) Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres.

2.7. País Vasco

Como ocurre en Baleares tampoco en la Comunidad Autónoma del País Vasco la legislación foral¹⁸ es única para todo su territorio, así, en Vizcaya es necesario distinguir el Territorio Histórico o Tierra Llana donde rigen especialidades forales del resto de Vizcaya donde rige el Código civil. La zona no foral, es decir sujeta al Derecho común (Código civil) está compuesta por los siguientes municipios¹⁹: Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Guernica, Lumo, Lanestosa, Lequeitio, Marquina-Xemein, Ondarroa, Ochandiano, Portugaleta y Plencia, Orduña y Bilbao. En Álava rige el Código civil, con dos especialidades: a) para Llodio y Aramayona, donde se aplican las normas del Territorio Histórico o Tierra Llana de Vizcaya; b) para la tierra de Ayala, donde se aplica el Código civil pero hay libertad de testar sin ser necesario dejar bienes a los legitimarios. Este llamado fuero de Ayala se aplica en los municipios de Ayala, Amurrio y Oquendo, y en los poblados de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Coloma y Sojoguti, del municipio de Artziniega. Los ayaleses (de Ayala) tienen plena libertad de disposición de sus bienes en testamento, de manera que, por ejemplo, un padre puede no dejar nada a un hijo y nombrar heredero universal a un tercero ajeno a la familia. En Guipúzcoa, rige el Código civil con algunas especialidades puntuales.

La actual legislación vasca, tras la modificación parcial (artículo 13) de su Derecho Civil, llevada a cabo por la Ley 6/1988, de 18 de marzo, está constituida por la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco, por la que se derogaba la Ley de 30 de julio de 1959, y por la Ley 3/1999, de 26 de noviembre, de modificación de la Ley de 1992, en lo relativo al Fuero Civil de Guipúzcoa²⁰, y por el que se ha desarrollado, a través del antiguo artículo 147, lo concerniente al caserío guipuzcoano y a sus formas de transmisión. O, lo que es lo mismo, que abarca ya a las tres provincias vascas, respetando las siguientes singularidades: la doble vizcaína de las doce villas y las ciudades de Orduña y Bilbao; el Fuero de Ayala, y la aplicación en Álava (Valle de Llodio y Tierra de Aramayona) del Derecho vizcaíno, y la nueva extensión a Guipúzcoa con la singularidad que acabamos de destacar. En apretada síntesis de las instituciones que tienen normas propias distintas a las del Código civil,

18 Sobre el Derecho foral del País Vasco vid. ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel et al. "El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco". *Derecho Privado y Constitución*. 1994, n° 2, p. 9-34.

19 Se consignan los topónimos en castellano aunque en las leyes de esta Comunidad Autónoma figuran en vascuence.

20 *Boletín Oficial del País Vasco (BOPV)*, de 28 de marzo de 2000.

cabe señalar que en Vizcaya (y los municipios de Llodio y Aramayona) rigen para troncalidad, sucesiones (sucesión testada y forzosa), régimen económico del matrimonio y de la comunicación foral, saca foral y demás derechos de adquisición preferente, y servidumbres de paso. En Álava las relativas a la libre disposición de bienes y el usufructo poderoso. En fin, las normas atinentes a la ordenación sucesoria del caserío guipuzcoano, ordenación por comisario, testamento mancomunado²¹ y pactos sucesorios. A toda la Comunidad Autónoma vasca se extiende también la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho.

2.8. El caso de la Comunidad Autónoma Valenciana

El antiguo reino de Valencia se rigió, desde el siglo XIII hasta comienzos del XVIII, por los llamados Fueros de Valencia que inicialmente fueron concedidos por el rey Jaime I a la ciudad de Valencia a fines de 1238, con el nombre de “Costum de València”, pocas semanas después de la conquista de la ciudad, siendo de destacar que en el prólogo se señala que su deseo era que se convirtiesen en derecho general de todo su reino. En su origen comprendían alrededor de 1.500 artículos o “fueros” que trataban de cualesquiera materias de Derecho. En 1261 el citado monarca ordenó su traducción del latín al valenciano y los juró como Derecho general de todo el reino, con la denominación oficial de “Fueros de Valencia”, aunque aún tardarían bastante en tener aplicación territorial generalizada.

A partir del siglo XIV, y siempre presididas por los reyes, las Cortes valencianas se reunieron en numerosas ocasiones, dando lugar a sucesivos cuadernos de Cortes que, según la ocasión, contenían un número variable de fueros nuevos. Con el transcurso de los siglos los Fueros llegaron a sumar un total de varios miles, a través de los cuales se podía dar solución a cualquier problema de carácter jurídico que pudieran plantear los habitantes del tan citado reino de Valencia. Pero todo ese Derecho valenciano fue abolido en 1707 por el llamado Decreto de Nueva Planta y no ha sido sino parcialmente recuperado hasta nuestros días, a partir de la reciente reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, que reconoce al Gobierno valenciano competencias plenas en materia de Derecho civil. No obstante, ello no deja de chocar con las normas generales del Código civil (con la legislación del Estado central), siendo así discutible la eficacia, en cuanto a los destinatarios, de ciertas leyes adoptadas por el Parlamento valenciano como la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico

²¹ El testamento mancomunado, admitido en alguno de los Derecho civiles coexistentes en España, siempre ha sido y sigue siendo una institución de orden público *interno* ya que, permitido para unos españoles está, en cambio, prohibido para otros, concretamente para todos los que poseen vecindad civil común, ya que lo prohíbe el Código civil en sus artículos 669 y 733.

Matrimonial²², pues en efecto, no teniendo la citada Comunidad la condición de “foral” resulta que sus habitantes se hallan en territorio de Derecho común y, por tanto, sujetos al Código civil todos los que tienen vecindad civil común (régimen económico de separación de bienes, o el régimen de gananciales), y en cuanto a otros habitantes españoles que tengan vecindad civil de otras Comunidades “forales” estos están sujetos a su propio fuero. La pregunta, pues, es a qué españoles va destinada la mencionada ley. Otras dos normas que merecen ser citadas son algo más antiguas, la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de Arrendamientos Históricos Valencianos²³, y el Decreto 41/1996, de 5 de marzo, del Gobierno valenciano, por el que se desarrolla la anterior ley.

CONCLUSIÓN

A la vista de lo expuesto hemos de concluir diciendo que todo jurista no español que se encuentre en la necesidad de consultar, o de aplicar, el Derecho civil *español* debe tener presente la pluralidad de ordenamientos jurídicos civiles (Derecho común y Derechos forales) que están rigiendo simultáneamente en el territorio del Estado. De ahí que, siendo españoles, ya se trate de que la regla de conflicto señale aplicable la *ley nacional* o la *ley del domicilio* (como sucede en los artículos 12 (capacidad) y 25 (sucesiones) del Código civil paraguayo, de 23 de diciembre de 1985)²⁴ si éste se encuentra en España, sea ineludible averiguar previamente su *vecindad civil* que determinará a cuál de ellos está sujeto y, por tanto, le es aplicable. Y en caso de que se trate de aplicar la *ley del domicilio* a un no español domiciliado en España, sea imprescindible determinar el lugar exacto en que mantiene dicho domicilio, pues evidentemente no es lo mismo que lo tenga en Madrid, Toledo, Salamanca, León, islas Canarias, etc., territorios en los que rige el Derecho común (Código civil), a que lo tenga en Barcelona, Pamplona, Palma de Mallorca, Lugo, etc., en donde rige su respectivo Derecho civil foral.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEGRE GONZÁLEZ, Juan. “Reflexiones en torno al Derecho interregional privado español”. VV. AA.: *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*. Madrid, 1988, vol I, p. 53-80.

ARZAMENA SIERRA, Jerónimo. “Competencias de las Comunidades

22 *Diario Oficial de la Comunidad Valenciana (DOCV)*, nº 5075, de 22 de marzo de 2007.

23 *Diario Oficial de la Comunidad Valenciana (DOCV)*, nº 489, de 18 de diciembre de 1986.

24 Promulgado por Ley número 1183, de la misma fecha; vid. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*. Madrid: Edersa, Madrid, 1995, p. 549-551.

Autónomas en materia civil: el art. 149.1.8 de la Constitución”. *Actualidad Civil*. 1988, nº 35, p. 2181-2191.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara Isabel et al. “El ejercicio de la competencia en materia civil por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco”. *Derecho Privado y Constitución*. 1994, nº 2, p. 9-34.

BELLO JANEIRO, Domingo, et al. *El desarrollo del derecho civil autonómico en el marco constitucional: el caso gallego*. Madrid, 2010.

Boletín Oficial del Estado (BOE), nº 191, de 11 de agosto de 2006.

Boletín Oficial del Estado (BOE), nº 57, de 7 de marzo de 1973.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Leyes Civiles Forales*. 3ª ed. Madrid: BOE, 2013.

Boletín Oficial del País Vasco (BOPV), de 28 de marzo de 2000.

CARRIÓN OLMOS, Salvador. “Consideraciones en torno al derecho civil valenciano”. En: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*. Valencia: s.n., 2011, vol I, p. 483-512.

CASTRO Y BRAVO, Federico de. *Derecho civil de España. Parte general*. 3ª ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955.

CERRO Y SÁNCHEZ-HERRERA, E. *Aportación al estudio del Fuero del Baylío*. Madrid, 1964.

CORRAL GIJÓN, María del Carmen. “De la Compilación de Derecho civil a los Códigos de Cataluña”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. 2000, nº 656, p. 9-36.

Diario Oficial de Galicia (DOG), nº 124, de 29 de junio de 2006.

Diario Oficial de la Comunidad Valenciana (DOCV), nº 489, de 18 de diciembre de 1986.

Diario Oficial de la Comunidad Valenciana (DOCV), nº 5075, de 22 de marzo de 2007.

FERRER VANRELL, María Pilar. “El Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares y la competencia legislativa en derecho civil propio”. *Revista Jurídica de les Illes Balears*. 2004, nº 2, p. 33-68.

FERRER VANRELL, María Pilar. “Las fuentes del Derecho civil balear”. *Boletín del Ministerio de Justicia*. 2000, año 56, nº 1918, p. 1817-1841.

LASALA LLANAS, Manuel de. *Sistema de Derecho civil internacional e interregional español*. Madrid: s. n., 1933.

MADRID DEL CACHO, M. *El Fuero del Baylío. Un enclave foral en el Derecho de Castilla*. Córdoba: s.n., 1963.

MADRID DEL CACHO, M. *El Fuero del Baylío. Un enclave foral en el Derecho de Castilla*. Córdoba: s.n., 1963.

OLAECHEA, Enériz. *Derecho local de Navarra*. s.l.: Instituto Navarro de Administración Pública, 2005.

OLAECHEA, Enériz. *Régimen foral de Navarra*: Pamplona, 2007.

PARRA LUCÁN, María Ángeles. “El Derecho civil de Aragón”. *Revista Valenciana d’Estudis Autònòmic*s. 2010, vol 2, n° 54, p. 113-130.

PUENTE EGIDO, José. *Derecho internacional privado español: doctrina legal del Tribunal Supremo*. Barcelona: s.n., 1981.

REBOLLEDO VARELA, Ángel. “Derecho civil de Galicia: presente y futuro”. *Revista Jurídica de Navarra*. 2008, n° 46, p. 11-44.

SÁNCHEZ FREÍ, Remedios. “El Estado de las autonomías antes y después de 2006”. *Revista Valenciana d’Estudis Autònòmic*s. 2008, n° 51, p. 17-35.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz. “Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho civil: Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución”. *Anuario de Derecho civil*. 1986, n° 4, p. 1121-1168.

SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS, J. “Origen jurídico del Fuero del Baylío”. [Tesis doctoral]. Badajoz, 2004.

SERRANO GARCÍA, José Antonio. “Derecho civil de Aragón: presente y futuro”. *Revista Jurídica de Navarra*. 2008, n° 46, p. 109-166.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. “Sistema de Derecho interregional español”. En: AGUILAR NAVARRO, Mariano. *Derecho internacional privado*. 3ª ed. Madrid: s.n., 1974, vol II, tomo II, parte 1ª, p. 47-55.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio. *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*. Madrid: Edersa, Madrid, 1995

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio: *De conflictu legum diversarum: el pluriverso jurídico-político español, discurso de ingreso como Académico de Número en la Real Academia de Doctores de España, leído el 21 de mayo de 2014*. Madrid: 2014

TOMÁS VILLARROYA, Joaquín. “Las fuentes del Derecho en las Comunidades Autónomas”. VV. AA. *La Constitución española y las fuentes del Derecho*. Madrid: s.n., 1979.

VALLADAO, H. *Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, trad. esp. México: Editorial Trillas, 1987.

VAQUER Aloy, Antoni. “El Derecho civil catalán: presente y futuro”. *Revista Jurídica de Navarra*. 2008, n° 46, p. 69-108.

INSOLVÊNCIA TRANSFRONTEIRIÇA: CONTRIBUIÇÃO PARA FORTALECIMENTO DO MERCOSUL

INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA: CONTRIBUCIÓN AL FORTALECIMIENTO DEL MERCOSUR

*Sabrina Becue**

Resumo: *A previsibilidade das regras sobre insolvência e de sua aplicação pelas autoridades competentes é um fator importante para o bom funcionamento do mercado. O fenômeno de internacionalização das empresas expõe também a insolvência transfronteiriça, porque a crise econômica das empresas que atuam em diversas nações e, conseqüentemente, possuem bens ou credores espalhados por diferentes localidades transborda as fronteiras nacionais. A grande maioria dos países sul americanos não possui legislação moderna e que conceda tratamento adequado para insolvência internacional. No âmbito do MERCOSUL a escassez de disciplina é alarmante. O vácuo legislativo não afasta a ocorrência de casos concretos e a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, como será demonstrado através de precedentes brasileiros. Mas a lacuna legal concede uma oportunidade ímpar para que os Estados Partes e Associados ao MERCOSUL promovam debates sérios sobre o tema e incentivem a promulgação de leis similares com efetiva vocação para integração legislativa do bloco.*

Resumen: *La previsibilidad de las normas sobre insolvencia y su aplicación por las autoridades competentes es un factor importante para el buen funcionamiento del mercado. El fenómeno de la internacionalización también expone la insolvencia transfronteriza, ya que la crisis económica de las empresas que operan en diferentes países y por lo tanto tienen activos o acreedores repartidos en diferentes lugares rebosantes de las fronteras nacionales. La gran mayoría de los países de América del Sur no tiene una legislación moderna y otorgar un tratamiento adecuado para la insolvencia internacional. Dentro de Mercosur escasez de disciplina es alarmante. El vacío legislativo no descarta la aparición de casos individuales y la necesidad de la intervención judicial, como se demostrará por los precedentes de Brasil. Pero el vacío legal ofrece una oportunidad única para el Estados miembros y asociados al MERCOSUR*

* Advogada. Mestre em Direito Comercial pela USP. Doutoranda em Direito Comercial pela USP. E-mail: sabecue@gmail.com

promueven discusiones serias sobre el tema y fomentar la promulgación de leyes similares con vocación legislativa eficaz para bloquear la integración.

Palavras-chave: Empresas transnacionais, Insolvência transfronteiriça, MERCOSUL

Palabras clave: Empresas transnacionales, Insolvencia transfronteriza, MERCOSUR

1. INTRODUÇÃO: URGÊNCIA E ATUALIDADE DO DEBATE

As regras que orientam a insolvência¹ exigem previsibilidade para guiar as condutas dos agentes de mercado, em outros termos, o conteúdo da norma gera efeitos não apenas no momento (e posteriormente) da abertura de um processo de liquidação ou recuperação, mas é imbuído de relevante papel orientador *ex ante*.

De outro vértice, o predicado do sistema jurídico que guiará o procedimento de insolvência (na esfera judicial ou administrativa) também é um fator de risco com consequências diretas na economia².

Num cenário de transações puramente nacionais, as partes envolvidas estão cientes do regime legal aplicável à insolvabilidade e da marcha processual que se sucede. No entanto, a abertura dos mercados para exportação e a internacionalização das empresas adicionam um elemento crucial na equação da crise econômico-financeira: como lidar com contratos e credores situados em outras jurisdições, sobretudo em respeito aos direitos e obrigações garantidos lá fora que podem não corresponder exatamente com a norma aplicável internamente e com o regime de execução? Mais: com ponderar os princípios de soberania nacional e ordem pública com os eventuais efeitos advindos de sentenças estrangeiras?

A insolvência transfronteiriça (*cross-border insolvency*) é uma realidade mundial e os números confirmam sua imprescindibilidade no contexto brasileiro³ e dos parceiros estratégicos na América do Sul. O dilema entre direito posto - neste caso, a Lei brasileira nº 11.101/2005 que só admite o local do principal estabelecimento do devedor como critério para definir a competência jurisdicional, bem como a ausência de tratamento unificado no âmbito do MERCOSUL- e as demandas de uma economia globalizada que clamam soluções adequadas para empresas em crises; credores e investidores

1 Empregaremos este termo de modo amplo para abarcar todo o fenômeno de crise econômico-financeira, seja ele voltado para o encerramento da atividade ou tentativa de sua recuperação.

2 Sobre os efeitos do sistema falimentar na economia: ARAÚJO, Aloísio; FUNCHAL, Bruno (2006).

3 Dados sobre a tendência e participação de Investimentos Diretos Estrangeiros (IDE) e internacionalização de empresas brasileiras: WIR -World Investment Report 2014, desenvolvido pela UNCTAD (Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento) e publicado pela SOBEET (SOCIEDADE BRASILEIRA DE ESTUDOS DE EMPRESAS TRANSNACIONAIS E DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA) <<http://www.sobeet.org.br/carta/WIR13.pdf>>. Ver também HIRATUKA, Célio; SARTI, Fernando. *Investimento Direto e Internacionalização de Empresas Brasileiras no Período Recente. Texto para discussão IPEA*. Disponível em: <http://www.eco.unicamp.br/neit/images/stories/arquivos/artigos/TD_1610_WEB.pdf>

que desconhecem limites territoriais, justificam a seleção da insolvência transfronteiriça como tema para estimular o debate acadêmico.

O problema é endereçado preponderantemente por duas correntes doutrinárias: os modelos universalista e territorialista. O primeiro sustenta a concentração das normas e jurisdição aplicáveis como melhor solução para enfrentar todos os possíveis conflitos. Assim, restam às cortes nacionais dos países que guardam bens ou são de residência de devedor e credores o dever de prestar assistência e respeitar a aplicação da lei-regente. Por sua vez, o territorialismo defende a autonomia de cada jurisdição para administrar os bens e credores localizados em seu território segundo a legislação doméstica.

A UNCITRAL editou uma Lei Modelo pautada no universalismo e 20 nações já incorporaram seu conteúdo, a exemplo dos Estados Unidos (Bankruptcy Code- Chapter 15), México, Japão, Inglaterra, Canadá⁴. As nações que integram o NAFTA incentivam a cooperação mútua e a tendência universalista a partir de princípios gerais (*ALI Principles: Transnational Insolvency*).

O regime seguido pela União Europeia adota um modelo misto que, apesar de enfatizar o centralismo jurídico, preserva a autonomia decisória e competência nacional dos seus membros em inúmeras ocasiões.

Inobstante a maior aderência à corrente universalista, os diplomas editados não conseguiram solucionar todos os problemas decorrentes das diferentes visões sobre o fenômeno da insolvência internacional. Daí porque conceitos fundamentais para definição de competência suscitam tanto debate, a exemplo da definição de *establishment* ou *centre of main interests*^{5,6}.

As questões não solucionadas acerca da insolvência internacional não se encerram na definição de jurisdição competente. É igualmente problemático, por exemplo, o exame da compatibilidade entre os procedimentos estrangeiros e as regras de ordem pública de uma nação; segurança jurídica e estabilidade das previsões contratuais envolvendo direitos de estrangeiros, especialmente referente à escolha da lei aplicável para disciplinar a relação jurídica (*Choice of Law*); a definição do rito a ser observado para admissão de um procedimento iniciado no exterior envolvendo ativos situados no Brasil e para procedimento inverso, envolvendo companhias estrangeiras que perpassam por situação de crise econômico-financeira. Os desafios são diversos e demandam investigação acadêmica que permita o avanço no preenchimento de tantas lacunas.

4 Relação de países disponível no site: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html>, [acessado em 18.10.2014].

5 “Despite the enormous efforts expended in negotiating and drafting then, neither de EC Regulation nor the Model Law succeeded in providing a clear and precise definition of ‘center of main interests’, while their respective definitions of ‘establishment’ may also prove to be difficult to apply in relation to some forms of commercial activity.” FLETCHER, Ian F. “Maintaining the momentum: the continuing quest for global standards and principles to govern cross-border insolvency”. 32 *Brook. J. Int’l L.* 2006-2007, p. 767-784.

6 Essas disputas aconteceram, por exemplo, em relação aos processos de insolvência da Eurofood IFSC Ltda, Daisytek ISA Ltda LoPUCKI, Lynn M. “Universalism Unravels”. 79 *Am. Bankr. L.J.* 2005, p. 143-167.

2. AS INSOLVÊNCIAS TRANSFRONTEIRIÇAS NO BRASIL E UMA OPORTUNIDADE PARA O MERCOSUL

Os precedentes emanados das Cortes brasileiras atestam o valor efetivo do debate^{7, 8} e, a um só tempo, que a insolvência transfronteiriça

7 O Brasil não possui tratado de cooperação a fim de otimizar ordens emanadas em insolvências estrangeiras. Decisões internacionais são submetidas ao procedimento de homologação de sentença estrangeira que, a partir de 2004, é de competência do Superior Tribunal de Justiça (Resolução 09/2005 do STJ). A jurisprudência confirma o posicionamento tradicionalista de nossos juristas em não admitir efeitos de processos internacionais sobre bens situados em território nacional. Sob a égide do Decreto-lei 7.661, Trajano de Miranda Valverde comentou o caso da PAN AM: “neste caso, a filial no Brasil é considerada autônoma da sede no exterior, podendo aqui ser instaurado o processo falimentar em relação aos credores constituídos no Brasil. Se a empresa estrangeira tiver vários estabelecimentos, ou filiais no Brasil, em relação a elas, prevalecerá o critério do principal estabelecimento. Recentemente, a companhia de transporte aéreo norte-americana PAN AM, não conseguiu cumprir nos Estados Unidos seu plano de recuperação econômica, previsto no chapter 11 da Lei Falimentar Norte-Americana tendo, em consequência, sido decretada sua quebra. Em relação aos bens da companhia que estavam no Brasil, o Juízo da 5ª Vara de Falência e Concordatas da Comarca do Rio de Janeiro aplicou corretamente o art. 7º, decretando aqui a falência da filial da PAN AM. Portanto, o ativo da companhia norte-americana que estava no Brasil responderá exclusivamente pelo passivo aqui assumido, não sendo arrecadado pelo juízo no exterior”. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4ª ed. atual. por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol 3, p. 144. Em anos mais recentes: SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. FALÊNCIA. JUSTIÇA PORTUGUESA. ART. 1.030, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. ART. 3º DA LEI 11.101/05. PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE. DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO BRASILEIRO, DO LOCAL DO PRINCIPAL ESTABELECIMENTO DO DEVEDOR. SENTENÇA ESTRANGEIRA QUE RESTRINGE A JURISDIÇÃO BRASILEIRA. OFENSA À SOBERANIA NACIONAL. INDEFERIMENTO DA HOMOLOGAÇÃO. 1. Nos termos do parágrafo único do art. 1.030 do CC de 2002, justifica-se o interesse do requerente na presente homologação em razão de ser sócio do requerido em empreendimento situado no Brasil. 2. Segundo o princípio da universalidade, a decretação da falência compete ao Juízo do local do principal estabelecimento do devedor (art. 3º da Lei 11.101/05). 3. Incabível a homologação da sentença estrangeira que obsta a instauração ou o prosseguimento de qualquer ação executiva contra o falido, restringindo a jurisdição brasileira, sob pena de ofensa à soberania nacional. 4. Pedido de homologação indeferido. (STJ- SEC 1735 / EX, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 12/05/2011) SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. FALÊNCIA (INSOLVÊNCIA CIVIL). JUSTIÇA PORTUGUESA. HOMOLOGAÇÃO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 1.030 DO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. PRINCÍPIO DA UNIVERSALIDADE. BENS E ATIVIDADES ATUAIS DO FALIDO NO BRASIL. DECRETAÇÃO EXCLUSIVA PELA JUSTIÇA BRASILEIRA. NÃO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INDEFERIMENTO. I - Impõe-se a homologação da sentença estrangeira quando atendidos os requisitos indispensáveis ao pedido, bem como constatada a ausência de ofensa à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes (arts. 5º, incisos I a IV e 6º da Resolução n.º 9/STJ, c/c art. 17 da LICC). II - In casu, busca o requerente, no Brasil, a homologação de sentença de falência (insolvência civil) proferida pela autoridade portuguesa em desfavor do requerido, com quem mantém sociedade empresária, para fins do disposto no parágrafo único do artigo 1.030 do novo Código Civil (exclusão de sócio declarado falido). III - Ocorre, não obstante, que a legislação pátria aplicável prescreve que a declaração de falência está restrita, como regra, ao juízo do local onde o devedor possui o centro de suas atividades, haja vista o princípio da universalidade (artigo 3º da Lei n.º 11.101/2005). IV Nesse sentido, incabível a homologação de sentença estrangeira para os fins pretendidos pelo requerente, uma vez que a declaração de falência é de competência exclusiva da justiça brasileira, sob pena de ofensa à soberania nacional e à ordem pública. Pedido indeferido. (STJ- SEC 1734/ PT, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. 15/09/2010).

8 No AgRg na SEC 6948/EX, o STJ não analisou questão de abertura de processo de insolvência ou disciplina de bens, porém versa sobre ação que tramitou no estrangeiro sendo uma das partes brasileiras (VASP) e a situação decorrente do juízo universal da falência: AGRAVO NA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. CUMPRIMENTO

ou internacional não é fato recente, porém está se transformando em um fenômeno cada vez mais frequente e complexo⁹. Desde o caso da companhia Port of Pará¹⁰ até as decisões proferidas na recuperação judicial do “Grupo X”, a realidade brasileira e mundial foi substancialmente alterada.

O ordenamento brasileiro nem sempre foi omissivo acerca do tema. O Decreto 6.982, de 1878, foi o primeiro diploma a admitir os efeitos de uma sentença estrangeira falimentar¹¹. Ele foi seguido por outras previsões legais em 1890¹² e em 1929¹³, além das regras de cunho processual de

DOS REQUISITOS DOS ARTS. 5º E 6º DA RESOLUÇÃO STJ N.9/2005. AÇÕES EM TRÂMITE NA JUSTIÇA BRASILEIRA. ÓBICE À HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA. FALÊNCIA SUPERVENIENTE. ATRAÇÃO DO JUÍZO FALIMENTAR. DESCABIMENTO. 5º6º9- Este Tribunal exerce juízo meramente deliberatório nas hipóteses de homologação de sentença estrangeira; vale dizer, cabe ao STJ, apenas, verificar se a pretensão atende aos requisitos previstos no art. 5º da Resolução STJ n. 9/2005 e se não fere o disposto no art. 6º do mesmo ato normativo. Eventuais questionamentos acerca do mérito da decisão alienígena são estranhos aos quadrantes próprios da ação homologatória.- A jurisprudência do STF, à época em que a homologação de sentenças estrangeiras era de sua competência, orientava-se no sentido de não vislumbrar óbice o fato de tramitar, no Brasil, processo com o mesmo objeto da ação estrangeira. A jurisprudência do STJ vem apontando no mesmo sentido. Precedentes.- Exceções a essa regra eram vislumbradas somente nas hipóteses em que se tratava de competência internacional exclusiva do Brasil ou em matéria envolvendo interesse de menores, circunstâncias não verificadas na espécie. Precedentes.- A superveniência da decretação de falência não implica a atração do juízo falimentar sobre o processo em que proferida a sentença homologada, na medida em que o § 1º do art. 6º da Lei 11.101/2005 dispõe que as ações que demandem quantia líquida terão prosseguimento no juízo no qual estiverem tramitando. § 1º6º11.101- Agravo não provido.(STJ- AgRg na SEC 6948/EX, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 17/12/2012, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 01/02/2013)

9 Nesse sentido pontuam Francisco Satiro e Paulo Fernando Campana Filho: “O problema não é nenhuma novidade – ele existiu, de uma forma ou de outra, desde pelo menos a Idade Média-, mas tornou-se muito mais agudo a partir da crise do petróleo na década de 1970, quando os casos envolvendo mais de um país se popularizaram. A quebra do Herstatt e de outros bancos trouxe à tona os aspectos transfronteiriços da insolvência mesmo antes da entrada em vigor da hoje revogada *Section 304 do Bankruptcy Code* norte-americano, um dos primeiros diplomas legais de relevo no mundo a tratar do assunto. Casos de falência envolvendo mais de uma jurisdição multiplicaram-se nas décadas de 1980 e 1990 e levaram ao desenvolvimento de diversas iniciativas destinadas à proliferação de normas de insolvência transfronteiriça em âmbito internacional. Apesar disso, a adoção de tais normas de insolvência internacional tem sido muito mais lenta do que o aumento do número de casos transfronteiriços.” SATIRO, Francisco; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “A Insolvência Transnacional: para além da regulação estatal e na direção dos acordos de cooperação”. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (ed.). *Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 119-140.

10 Em 1933 o STF negou a homologação de sentença falimentar proferida por um tribunal francês, sob o argumento que não era possível a homologação se os efeitos pretendidos incidiam exclusivamente em imóvel situado em nosso país (SE 919, rel. Min. Plínio Casado).

11 Art.14 do Dec. 6.982/1878: “Serão exequíveis no Brasil as sentenças estrangeiras que abrirem falência a negociantes que tenham o seu domicílio no país, onde forem proferidos”. Art. 1.º do Dec. 6.982/1878: “As sentenças estrangeiras, civéis ou commerciaes, só poderão ser executadas no Brasil, concorrendo os requisitos seguintes: § 1.º Que a nação, a que pertencem os Juizes ou Tribunaes que as proferiram, admitta o principio da reciprocidade. (...)”.

12 Decreto 917, art. 93: “Serão exequíveis no Brasil, haja ou não reciprocidade legislativa ou diplomatica, mediante as formalidades do Decreto n. 6.982 de 27 de julho de 1878, as sentenças estrangeiras que abrirem falência a negociantes que tenham domicilio no país onde foram proferidas”.

13 Decreto 5.746/1929 manteve “os preceitos da anterior (lei), aditando uma regra nova e justa,

1939¹⁴. Contudo, a tendência que se consolidou foi pela negativa de cooperação internacional e impossibilidade de admissão de sentença estrangeira que decretasse falência de comerciante domiciliado no Brasil ou mesmo qualquer efeito sobre bens situados em território nacional.

Entretanto, regras de cunho preponderantemente processuais, mas incapazes de avaliar os efeitos da crise econômica mundial no cotidiano das empresas, não se justificam. Se, por um lado o respeito à soberania das nações impõe filtros e medidas de controle prévio para execução de decisões estrangeiras em desfavor do patrimônio de seus cidadãos, por outro não é possível ignorar a íntima relação entre as economias e, por conseguinte, dos efeitos da quebra ou instabilidade financeira de empresas estrangeiras no mercado interno e vice-versa.

Neste contexto, o processo de recuperação judicial do grupo de sociedades do empresário Eike Batista reavivou o debate sobre a ausência de legislação pátria e o papel do Poder Judiciário na condução de insolvência envolvendo empresas estrangeiras e sua íntima conexão com o sucesso de processo concursal em trâmite no Brasil. A decisão proferida pelo magistrado que deferiu o processamento da recuperação judicial das sociedades brasileiras OGX PÊTRÓLEO e GÁS PARTICIPAÇÕES S/A, contudo indeferiu a inclusão das empresas sediadas na Áustria (OGX

no art. 166, para aqui concorrerem os credores admitidos no processo de falência estrangeira sem prévia homologação desta, e alterando, com razão, o antigo princípio de denegação de falência "de devedor brasileiro aqui domiciliado (...) dada a equiparação constitucional de brasileiros e estrangeiros" VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978, vol 3, p. 41.

14 Art. 786. Não serão exequíveis no território nacional as sentenças estrangeiras que declararem a falência de comerciante brasileiro domiciliado no Brasil.

Art. 787. As sentenças estrangeiras que abrirem falência a comerciantes domiciliados no país onde foram proferidas, produzirão no Brasil, depois de homologadas, os efeitos inerentes às sentenças de declaração de falência, salvo as seguintes restrições:

I – independentemente de homologação e à vista da sentença e do ato de nomeação em forma autêntica, os síndicos, administradores, curadores ou representantes legais da massa poderão requerer diligências que lhe assegurem os direitos, cobrar dívidas e intentar ações, sem obrigação de prestar fiança às custas;

II – os atos que importarem execução de sentença, tais como a arrecadação e arrematação dos bens do falido, somente se praticarão depois de homologada a sentença e mediante autorização do juiz, respeitadas as fórmulas do direito pátrio;

III – embora declarada arquivo a sentença estrangeira da abertura de falência, aos credores domiciliados no Brasil, que tiverem, na data da homologação, ações ajuizadas contra os falidos, será lícito prosseguir nos termos do processo e executar os bens do falido situados no território nacional.

Art. 788. A sentença estrangeira que abrir falência a comerciante estabelecido no território nacional, embora homologada, não compreenderá em seus efeitos o estabelecimento que o mesmo possua no Brasil.

Art. 789. As concordatas homologadas por tribunais estrangeiros ficarão sujeitas a homologação nos termos dos artigos anteriores, e sómente obrigarão a credores residentes no Brasil, quando estes forem citados.

Art. 790. Na execução de sentenças estrangeiras no Brasil, observar-se-á o que estipular a respeito o tratado ou convenção existente.

Art. 792. Não obstante satisfeitos os requisitos do artigo antecedente, as sentenças não serão homologadas, se contiverem decisão contrária á soberania nacional, á ordem pública ou aos bons costumes.

INTERNATIONAL GMBH e OGX ÁUSTRIA GMBH HSBC CTVM S/A), está baseado no argumento dos limites impostos pela soberania nacional e observância do princípio da separação de poderes:

O direito pátrio não pode ser aplicado e muito menos a sua proteção jurídica pode ser concedida para uma empresa chinesa, coreana, tailandesa, austríaca ou holandesa, sob pena de violação da soberania da legislação pátria daqueles países ou absoluta inaplicabilidade sem o amparo legal.

Tratar-se-ia de criar uma insegurança jurídica perante credores internacionais que não poderiam ter um julgamento de seus créditos apreciados por nossa legislação, ainda mais sem o amparo do nosso direito. Não se pode confundir a harmonização de processos de falências de empresas que possuem ativos em diferentes jurisdições, o que encontra respaldo no chapter fifteen da legislação americana de falência, com o processamento e julgamento de recuperação judicial de empresas estrangeiras sem qualquer previsão legal.

Na ausência de uma legislação nacional com essa previsão de harmonização para falência de grandes empresas com ativos em diversos países, essa lacuna deverá ser suprida pela atuação dos operadores do direito. Não atentar para esse aspecto, significa atentar contra a soberania das nações e de suas legislações, o que ensejaria insegurança jurídica de contratos pactuados alhures, formando-se um cenário negativo para os investimentos externos em nosso país¹⁵.

Esta decisão singular foi reformada pelo TJRJ com a admissão de abertura, no Brasil, de processo de recuperação judicial envolvendo também as sociedades sediadas no exterior. De acordo com entendimento exarado pela Corte, existe uma lacuna no ordenamento brasileiro que exige atuação do Estado Juiz tal como autorizado pelo art. 4º da LINDB¹⁶.

Mais do que ponderações casuísticas do Poder Judiciário, as empresas que atuam no Brasil reclamam a superação desta grave lacuna legislativa para garantir um tratamento adequado e em sintonia com as melhores práticas globais sobre o assunto. Daí, porque, a tentativa de normatização não pode ignorar a salutar convergência dos diplomas legais e o rico debate travado no continente europeu e entre os países que compõe o NAFTA.

15 Processo n.º 0377620-56.2013.8.19.0001, 4ª Vara Empresarial da Comarca da Capital.

16 “não se está erigindo o Estado Juiz à condição de legislador positivo. A ausência de previsão normativa quanto à aplicação do instituto da recuperação judicial além dos limites territoriais, se não o autoriza, por outro lado não o veda. A hipótese desafia a decisão de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, conforme prevê o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de aplicação cauta e excepcional, em situações que, a seu turno, demandem cautela e sejam, por igual, excepcionais. Até porque são os princípios gerais os responsáveis pela atuação do Ordenamento Jurídico à feição de um todo, integrando-lhe setores comunicantes, de outra forma tornados estanques” (TJRJ-AI n.º 0064658-77.2013.8.19.0000, 14ª CC, Rel. Des. GILBERTO CAMPISTA GUARINO, J. 19.02.2014).

Nesta senda, os Estados Partes e Associados ao MERCOSUL deveriam unir forças para aproximar suas legislações falimentares referente aos efeitos transnacionais, ação orientada pelo compromisso assumido no artigo primeiro do Tratado de Assunção (reafirmado no Protocolo de Ouro Preto) e razão de ser do bloco: integração efetiva e cooperação regional.

Além da ausência de tratamento unificado no MERCOSUL às insolvências transfronteiriças, as tratados internacionais que vinculam alguns destes Países dão tratamento anacrônico ou representam barreiras para uma construção conjunta da disciplina legal. Não é possível se pautar pelas regras do Tratado de Montevidéu de Direito Comercial Internacional de 1940¹⁷ e do Código de Bustamante de 1928¹⁸, porque consagram um sistema de universalismo muito moderado e sujeito às intempéries das legislações domésticas para inúmeras circunstâncias¹⁹. Estes diplomas ignoram a dinâmica de grupos econômicos e dos complexos instrumentos contratuais que moldam as relações comerciais hodiernas.

A nova lei chilena de Recuperação e Liquidação, n.º 20.720, quebrou o silêncio presente na América do Sul sobre o tema, introduzindo um extenso capítulo, baseado na Lei Modelo da UNCITRAL, para insolvência transfronteiriça. O diploma entrou em vigor este ano e poderá servir de influência aos Estados vizinhos e, quiçá, para uma regulamentação unificada em nível de MERCOSUL e Aliança do Pacífico. Reproduzimos dois artigos que demonstram a preocupação daquele país com o diálogo entre nações soberanas e o esforço para concretizar os objetivos que são compartilhados:

Artículo 299.- Finalidad. La finalidad del presente Capítulo es establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes:

- a) La cooperación entre los tribunales y demás organismos involucrados en los Procedimientos Concursales de Chile y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;
- b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;
- c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas que proteja los intereses de todos los acreedores, nacionales o extranjeros, y de las demás partes interesadas, incluido el Deudor;
- d) La protección de los bienes del Deudor y la optimización de su valor, y
- e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

17 Que vincula Argentina, Paraguai e Uruguai e possui disposições específicas sobre insolvência transfronteiriça entre os arts. 40 e 53.

18 Arts. 414 a 420. Vincula o Brasil e outros países associados ao MERCOSUL.

19 De acordo com a doutrina especializada, estes tratados adotam em princípio o modelo universal, porém as inúmeras previsões calcadas no territorialismo mitigaram sobremaneira aquela opção metodológica, CALDERON, Silvio Javier Battello. *Falência Internacional no MERCOSUL: proposta para uma solução regional*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 84.

Artículo 307.- Interpretación. En la interpretación del presente Capítulo habrá de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

Mostra-se imprescindível que as nações que almejam uma verdadeira integração regional busquem atualizar suas leis e o façam com espírito de confluência. As insolvências transnacionais salientam o fenômeno da multiplicação das fontes normativas e, por consequência lógica, enfraquecimento do monismo estatal²⁰. O próximo relacionamento entre efeitos da crise econômico-financeira, a regulamentação dos mercados, as complexas estruturas societárias e a tensão entre ordem pública interna e o cumprimento das avenças particulares, conduz ao diálogo com diversos ramos do Direito e de Ciências afins.

As propostas legislativas precisam abarcar a complexidade das estruturas societárias e das operações financeiras que estão no centro dos procedimentos de insolvência. A solução a ser pensada não pode se restringir aos conflitos de competência entre Jurisdições, mas deve avançar para o tratamento ofertado aos grupos de sociedade e de que maneira as entidades dotadas de personalidade jurídica individualiza contribuem ou são indispensáveis para preservação da atividade econômica subjacente. O entendimento do TJRJ no caso “Grupo X”²¹ pôs em evidência esta difícil questão, também partilhada pelos estudos internacionais²².

Um diploma legal que ignore as faces de um fenômeno naturalmente plural pecaria pelo reducionismo e artificialidade. De igual forma seria desaconselhado que cada país sul americano dedicasse um tratamento isolado à insolvência internacional, sem nenhuma orientação quanto

20 Segundo Frederico Glitz: “O papel absoluto e exclusivo do Estado na produção normativa entra em crise, passando-se a admitir a possibilidade da existência de outras fontes normativas concorrentes (pluralismo, como visto no item anterior). Quando tais fontes localizam-se para fora do território do Estado, a crise atinge o cerne da soberania estatal. (...) não se poderia mais afirmar Estado como único produtor normativo, o cenário global não só revelaria que a produção jurídica se internacionalizou, como se descentralizou e se privatizaria. Assim, não só passa a ser possível se buscar fundamento normativo alhures, como ele não depende, necessariamente, do consenso dos Estados”, GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato, globalização e Lex Mercatoria* [online]. São Paulo: Clássica. 2012, pp. 62-63. Disponível em: <http://www.fredericoglitz.adv.br/biblioteca_detalle/17/contrato--globalizacao-e-lex-mercatoria#sthash.JtWFi4EG.pdf>

21 “As duas empresas estrangeiras subsidiárias, excluídas, em primeiro grau, do procedimento de recuperação judicial, operam apenas e tão somente em estrita função da controladora, servindo como veículos das sociedades brasileiras para a emissão de títulos de dívidas e recebimento de receitas no exterior, colimando o financiamento das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. Têm-se, portanto, sociedades empresárias estrangeiras que se erigem em estrutura de financiamento de sua controladora nacional, formando um grupo econômico único, em prol de uma única atividade empresarial, o que não é nada incomum na era contemporânea, de globalização de mercados, mais ainda quando se pondera a própria atividade explorada, que intensifica as relações jurídicas transfronteiriças.” (TJRJ- AI n.º 0064658-77.2013.8.19.0000, 14ª CC, Rel. Des. GILBERTO CAMPISTA GUARINO, J. 19.02.2014).

22 A exemplo dos estudos da UNCITRAL: “Legislative Guide on Insolvency Law: Treatment of enterprise groups in insolvency (2010)”.

aos efeitos que pode provocar em seus vizinhos e parceiros comerciais.

Os empresários são protagonistas do desenvolvimento mundial e da aproximação dos mercados. Quanto mais forte a integração econômica, maior a necessidade de unificação de procedimentos e das regras que impactam a atividade mercantil.

3. PREPONDERÂNCIA DO MODELO UNIVERSALISTA: RAZÕES E POSSÍVEIS JUSTIFICATIVAS

É cedo para adotar um modelo teórico como ideal e acabado. Os inúmeros estudos promovidos pela UNCITRAL e, sobretudo, os dilemas práticos ainda encontrados pelas nações que orientaram suas leis a partir do modelo universalista são sintomáticos de que ele não resolve todos os conflitos ínsitos à insolvência transfronteiriça.

Por outro lado, sua adoção majoritária também sinaliza que o modelo universalista administra melhor a crise internacional. Algumas razões de ordem prática nos ajudam a entender esta predominância.

Primeiro, parece óbvio que uma crise de efeitos transnacionais merece igualmente uma regulamentação que não esteja voltada ao próprio umbigo²³. As relações comerciais estão cada vez mais complexas, impossibilitando a divisão de ativos de uma empresa (ou grupo de empresas) sob a regra de que cada país deve ser soberano e administrar os ativos sediados em seu território. Os credores são também especializados e não aceitam serem excluídos da fatia do bolo pelo critério exclusivamente da localização dos bens. Os créditos foram concedidos em benefício da operação como um todo e inexistente regra que vincule sua utilização ao território local. Assim, ativos espalhados ao redor do mundo devem ser administrados em conjunto e formar uma única massa capaz de otimizar a repartição de seus frutos entre todos os credores, independentemente da nacionalidade e localização. Portanto, a lógica dos mercados globalizados privilegia uma regulamentação que não feche os olhos para esta realidade.

Segundo, o modelo universalista não desrespeita a soberania de cada nação. As decisões prolatadas por autoridades estrangeiras continuam a ser submetidas ao controle interno para seu reconhecimento e eficácia. O que se busca é uma maior cooperação internacional. Uma decisão em consonância com os princípios e regras adotados por um país não deveria ser ignorada porque emanada de uma autoridade estrangeira.

²³ “Em matéria de Direito Concursal, a análise de sistemas estrangeiros é de particular interesse na medida em que o fenômeno da crise da empresa é universal. Ainda que os efeitos da empresa não encontrem fronteiras –em decorrência do progressivo aumento nas relações econômicas internacionais–, cada sistema jurídico apresenta suas próprias soluções, naturalmente adaptadas às suas respectivas realidades econômicas, sociais e culturais, mesmo que revelem traços e princípios coincidentes entre si”, PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e Preservação da Empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 41.

Terceiro, o modelo universalista não viola direito dos credores nacionais. A crise de empresas transnacionais não representa um episódio isolado e tende a aumentar a cada ano. Os mesmos credores que hoje reivindicam preferência no recebimento e exclusividade na partilha de bens situados em seu território podem, amanhã, ser excluídos dos direitos creditícios de empresas estrangeiras. O modelo universalista tenta ordenar a corrida desgrenhada de credores, mas em nível internacional. Afinal, a nacionalidade do credor não deveria importar e, sim, a natureza de seu crédito.

Quarto, a interação entre mercados teve e tem como reflexo uma maior aproximação entre as leis dos países. Se não em nível mundial, ao menos nos blocos de convergência econômica. Esta sintonia em termos gerais favorece o tratamento similar às crises que afetam a economia.

Quinto, o modelo territorialista –ainda que em sua versão modificada que incentiva a cooperação entre países– na verdade despreza os efeitos supranacionais da crise da empresa. A regulamentação tradicional proclama o territorialismo, ou seja, que cada nação administre os credores e os bens nacionais ignorando o que ocorre além de suas fronteiras. Se hoje falamos em crises de empresas que se internacionalizaram é porque a solução antiga é insuficiente.

Um novo modelo deve ser debatido. Aqui aflora uma oportunidade de aperfeiçoamento efetivo, já que vários países são chamados para discutir trazendo diferentes perspectivas, diferentes anseios e, a um só tempo, uma preocupação econômica comum. Este cenário fortalece o papel de organizações internacionais que, através de seus especialistas e estudos imparciais, podem contribuir para uma regulamentação técnica e livre de interesses partidários.

O direito internacional possui configuração ampla, que deve estar acima dos interesses exclusivos de um ou outro país. A crise transfronteiriça gera efeitos que prejudicam credores ao redor do mundo e podem aniquilar uma atividade que até então movimentava o comércio multilateral. O modelo universalista rejeita a visão míope do problema e, por esta razão, não deve ser desprezado.

CONCLUSÃO

A insolvência transfronteiriça carrega consigo uma multidisciplinaridade ao envolver problemas de direito falimentar e, simultaneamente, direito internacional público e privado, direito societário, sem prejuízo de outras matérias.

A conexão entre tantas áreas do Direito e também sob o viés econômico é um retrato fiel da lógica de funcionamento dos mercados. As transações econômicas são celebradas em diferentes idiomas, línguas e condições contratuais e no momento de crise é preciso garantir

o equilíbrio entre o respeito aos contratos por parte da autoridade encarregada do procedimento concursal (judicial ou extrajudicial) e o necessário controle da ordem pública.

Por fim, da problemática das insolvências transfronteiriças emerge a discussão acerca das funções e amplitude da *Soft Law* como um marco teórico legítimo e útil para propositura de soluções. Esta breve incursão comprova a imprescindibilidade das leis-modelos, guias práticos e recomendações dadas por centros de estudos internacionais para os esboços legislativos e projetos convertidos em *Hard Law*.

A integração do Mercado Comum do Sul não será consolidada enquanto seus integrantes efetivos e associados não afinarem as políticas ou, ao menos, diretrizes legislativas para uma direção única. As naturais barreiras para colocar em sintonia as normas de tantos países podem ser suavizadas através de recomendações, princípios e outros parâmetros que exercem tarefa supralegal e destinados a orientar uma eventual e futura regulamentação nacional. Este foi o caminho adotado pelas nações que compõe o NAFTA e, nos parece, algo salutar por permitir uma evolução gradual porém com direção delimitada pelo grupo.

Outro fator importante para a adoção de uma política comum (esteja ela consagrada em normas vinculantes ou apenas diretrizes supraleais) pode ser justificado no fortalecimento do comércio internacional. Tal como apontado ao início, o mercado responde ao regime de insolvência não apenas no momento da crise econômica. A transparência, a familiaridade e a crença na estabilidade nos procedimentos de insolvência são determinantes na tomada de decisões pelos agentes de mercado; qual a taxa de exposição ao risco aceita e qual será o volume de crédito a ser concedido. Na sistemática atual os empresários são obrigados a conhecer as regras internas de cada país e sofrem com o vácuo legislativo no tocante à insolvência transfronteiriça.

Aqui no Brasil e nos demais membros do MERCOSUL as crises que atingem as empresas não estão contidas nas fronteiras nacionais. O caso envolvendo o Grupo X (empresas que pertenciam ao Eike Batista) é sinal maior de que o tema não é meramente acadêmico e urge por uma disciplina adequada.

Esta incômoda omissão concede uma oportunidade única para fortalecimento do MERCOSUL. Os seus membros podem aproveitar para debater a questão na tentativa de construir uma solução em conjunto ou deixar mais uma vez os empresários na difícil expectativa.

REFERÊNCIAS BIBLIORÁFICAS

ADAM, Edward; FINCHE, Jason K. "Coordinating cross-border bankruptcy: how territorialism saves universalism". *Columbia journal of European Law*. 2008-2009, vol15, p. 43 e ss.

ARAÚJO, Aloísio; FUNCHAL, Bruno. “A nova lei de falências brasileiras e seu papel no desenvolvimento do mercado de crédito”. *Pesquisa e Planejamento Econômico*. 2006, vol 36, n° 2, p. 209-254.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 5ª ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2011.

BEBCHUK, Lucian Arye; GUZMAN, Andrew T. “An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies”. *Journal of Law and Economics*. 1999, vol XXII, p. 775-808.

BUFFORD, Samuel L. “International Insolvency Case Venue in the European Union: The Parmalat and Daisytek Controversies”. *Columbia Journal of European Law*. 2006, vol 12, p. 429-486.

CALDERON, Silvio Javier Battello. *Falência Internacional no MERCOSUL: proposta para uma solução regional*. Curitiba: Juruá, 2011.

CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “A recuperação judicial de grupos societários multinacionais: contribuições para o desenvolvimento de um sistema jurídico brasileiro a partir do direito comparado”. [Tese de Doutorado]. Universidade de São Paulo- Faculdade de Direito. São Paulo, 2013

CHUNG, John J. In re Qimonda AG: “The Conflict between Comity and the Public Policy Exception in Chapter 15 of the Bankruptcy Code, 32”. *B.U. Int’l L.J.* 2014, vol 89, p.91-121.

CLIFT, J. “The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: the judicial perspective”. *INSOL world*. 2011, fourth quarter, p. 8.

FERRÉ, Juan. “Recent Developments on the Reform of Insolvency Law at European Level”. *Insol World*. 2013, fourth quarter.

FLETCHER, Ian F. “Maintaining the momentum: the continuing quest for global standards and principles to govern cross-border insolvency”. *32 Brook. J. Int’l L.* 2006-2007, p. 767-784.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato, globalização e Lex Mercatoria* [online]. São Paulo: Clássica. 2012. Disponível em: <http://www.fredericoglitz.adv.br/biblioteca_detalhe/17/contrato--globalizacao-e-lex-mercatoria#sthash.JtWFi4EG.pdf>

GUZMAN, Andrew T. “International Bankruptcy: in defense of universalism”. *98 Mich. L. Rev.* 2000, p. 2177- 2215.

HIRATUKA, Célio; SARTI, Fernando. *Investimento Direto e Internacionalização de Empresas Brasileiras no Período Recente. Texto para discussão IPEA*. Disponível em: <http://www.eco.unicamp.br/neit/images/stories/arquivos/artigos/TD_1610_WEB.pdf>

LoPUCKI, Lynn M. “Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach”. *Cornell Law Review*. 1998, vol 84, p. 2591-2611.

LoPUCKI, Lynn M. “Universalism Unravels”. *79 Am. Bankr. L.J.* 2005, p. 143-167.

PERKINS, Liza. “A Defense of Pure Universalism in Cross-Border Insolvencies”. *International Law and Politics*. 2000, vol 32, p. 787-828.

PUGLIESI, Adriana Valéria. *Direito Falimentar e Preservação da Empresa*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

RECHSTEINER, Beat Walter. “A insolvência internacional sob perspectiva do direito brasileiro”. In PAIVA, Luiz Fernando Valente de, et al (ed.). *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SATIRO, Francisco; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. “A Insolvência Transnacional: para além da regulação estatal e na direção dos acordos de cooperação”. In: TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de; SATIRO, Francisco (ed.). *Direito das Empresas em Crise: problemas e soluções*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 119-140.

SCOTTI, L. B. *Armonización Legislativa en materia de insolvencia internacional de los grupos económicos: ¿una asignatura pendiente para el MERCOSUR?* [online]. 2010. Disponível em: <www.eumed.net/libros/2010a/631/>

TIBURCIO, Carmen (2013). “Efeitos Extraterritoriais da Falência”. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. 2013, vol 62, p. 201-216.

TORREMAN, Paul. “Coming to terms with the COMI Concept in the European Insolvency Regulation”. In: OMAR, Paul J. (ed.). *International insolvency Law: themes and perspectives*. Great Britain: TJ International Ltd, 2008, p. 5833-6114.

UNCITRAL. *Legislative Guide on Insolvency Law* [online]. New York: UNCITRAL, 2005 [acessado em 21.01.15]. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html>

UNCTAD. *World Investment Report 2014* [online]. New York: UNCTAD, 2014. [acessado em 21.01.2015]. Disponível em: <<http://unctad.org/en/pages/publicationwebflyer.aspx?publicationid=937>>

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978, vol 3.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. 4ª ed. atual. por J. A. Penalva Santos e Paulo Penalva Santos. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol 3.

WARREN, Elizabeth; WESTBROOK, Jay Lawrence. “Contracting Out of Bankruptcy: an empirical intervention”. *118 Harv. L. Rev.* 2004-2005, p.1198-1254.

WESTBROOK, Jay Lawrence. “A Global Solution to Multinational Default”. *98 MICH. L. REV.* 2000 p. 2292-98.

WESTBROOK, Jay Lawrence. “Multinational Enterprises in General Default: Chapter 15, The ALI Principles, and The EU Insolvency

Regulation”. 76 *Am. Bankr. L.J.* 2002, p. 1-42.

WOUTERS, Nora; RAYKIN, Alla. “Corporate Group Cross-Border Insolvencies between the United States & European Union: Legal & Economic Developments” [online]. *Emory Bankruptcy Developments Journal*. 2013. Disponível em: <<http://www.highbeam.com/doc/1P3-3115884501.html>>

NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA *LIS PENDENS* EN LA LITIGACIÓN INTERNACIONAL: EL CASO DE LA REESTRUCTURACIÓN DEL CÓDIGO DE PROCESO CIVIL BRASILEÑO

NOVAS PERSPECTIVAS DA *LITISPENDÊNCIA* NO LITÍGIO INTERNACIONAL: A REESTRUTURAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

*Tatiana de A F R Cardoso Squeff**
*Vanessa de Oliveira Bernardi***

Resumen: *El presente trabajo tiene como objetivo principal el estudio del Nuevo Código de Proceso Civil Brasileño sobre litispendencia internacional como forma de garantizar la estabilidad de las relaciones interpersonales que no se quedan firmes por el modelo actual. Por eso, el estudio empieza por el análisis del principio de la seguridad jurídica demostrando su importancia para el Derecho y su realización social. Posteriormente, señala sobre la competencia internacional de los tribunales brasileños, exhibiendo las formas exclusivas y concurrentes existentes, para llegarse a la lis pendens de acciones propuestas en distintos Estados. A continuación, trabaja específicamente con la cuestión de litispendencia, justamente por la posibilidad de las acciones aforadas en jurisdicciones de dos o más países inducir pendencia, señalizando la necesidad de reestructuración del Código de Proceso actualmente vigente para una mayor seguridad jurídica. Por lo tanto, al final, analiza la alteración sugerida por el legislador para determinar si la sugerencia garantiza las relaciones sociales o no.*

Resumo: *Este trabalho tem como objetivo principal o estudo do Novo Código de Processo Civil brasileiro sobre a litispendência internacional, a fim de garantir a estabilidade das relações que não são firmes pelo modelo atual.*

* Profesora de Derecho Internacional en UniRitter Laureate International Universities (Brasil) y en Universidad Federal de Rio Grande del Sur (UFRGS/Brasil). Doctoranda en Derecho Internacional (UFRGS/Brasil) y Maestra en Derecho Público (Unisinos/Brasil). Investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Toronto (Canadá). E-mail: tatiana.cardoso@ufrgs.br

** Maestranda en Derecho Público – UNISINOS/Brasil (2014). Profesora Visitante de Derecho Internacional. Investigadora del Núcleo de Relaciones Internacionales – UniRitter Laureate International Universities (Brasil). Graduada en Derecho – UniRitter/Brasil (2013). E-mail: vanessaolbernardi@gmail.com

Portanto, o estudo começa com a análise do princípio da segurança jurídica que demonstra sua importância para o direito e sua realização social. Posteriormente, discorre-se sobre a competência internacional dos tribunais brasileiros, exibindo as competências exclusivas e concorrentes existentes a fim de chegar a pendência de ações propostas em diferentes Estados. Em seguida, trabalha-se especificamente com a questão da litispendência internacional, justamente por causa da possibilidade de interposição de ações em dois ou mais países induzir pendência, sinalizando a necessidade de uma reestruturação Código de Processo atualmente em vigor para uma maior segurança jurídica. Em última análise, analisa-se a alteração sugerida pelo legislador para determinar se a sugestão garante, ou não, as relações sociais.

Palabras clave: Litispendencia internacional, Seguridad juridical, Competencia internacional, Nuevo código de proceso civil

Palavras-chave: Litispendência internacional, Segurança juridical, Competência internacional, Novo código de processo civil

1. INTRODUCCIÓN

En el Estado moderno, la jurisdicción es el poder conferido a cierto orden a ser ejercido por el poder judicial, como forma de solucionar los conflictos de intereses, cuando no resueltos anteriormente en el plano extrajudicial. Así, se denota que el establecimiento de la jurisdicción es un hecho determinante para que los judiciales de los Estados puedan conocer de causas que les son sometidas por partes involucradas en un determinado litigio¹.

No solo eso, la jurisdicción es igualmente una función que el Estado desarrolla en el curso de un proceso, con la finalidad de aplicar la ley (sea nacional o extranjera) y hacer la justicia. De esa forma, ella se define como la “aplicación del derecho objetivo en relación a una pretensión” específica², haciendo valer el orden jurídico puesto en duda por la pretensión de las partes.

Sin embargo, como notoriamente conocido, no es posible que las dos demandas que contengan las mismas partes, objeto y causa de pedir tramiten conjuntamente en el judicial, fuerte en la posibilidad de haber interpretaciones y, consecuentemente, sentencias distintas acerca de la misma materia. Al final, ese hecho iría de encuentro no solo con la idea de poder, visto que el Estado no se manifestaría definitivamente en faz de

¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Derecho processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 71-72.

² MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1973, p. 31; BARROSO, Darlan. *Teoria geral e Processo de conhecimento*. Barueri: Manole, 2003, p. 46.

las partes en conflicto, sino también iría de encuentro con la propia idea de justicia, irradiando inseguridad en el ordenamiento jurídico y social.

En la perspectiva de evitar esa inseguridad, el Código de Proceso Civil determina a *lis pendens*, haciendo con que apenas una de las demandas prosiga su correcto curso. Además, el gran problema vislumbrado es que, en *terrae brasiliis*, no ocurre lo mismo cuando se trata de acciones intentadas en el extranjero y en Brasil, una vez que se permite que el judicial brasileño conozca de la causa aquí propuesta, aunque con el andamio de otra acción idéntica aforada en el extranjero.

En otros términos, el Proceso Civil Brasileño corriente no reconoce la litispendencia internacional, haciendo con que la inseguridad jurídica resurja en las entrañas del ordenamiento. Para resolver el problema, los legisladores insertaron una nueva regla en el Nuevo Código de Proceso Civil aprobado por el Congreso Nacional, posibilitando que, en la existencia de tratados internacionales referentes al asunto firmados por Brasil, podría, sí, declararse la litispendencia internacional.

Y es justamente ese bias que el presente texto pretende debatir: de la posible consideración de que la nueva perspectiva de la litispendencia internacional brasileña no sea suficiente para conferir la seguridad jurídica que se almeja, consistiendo, por lo tanto, en mera ficción. Además, ventila la posibilidad de que, quizás, el gran problema no sea de la propia (im)previsión de la *lis pendens*, pero de la competencia internacional concurrente brasileña.

De este modo, el texto parte de un análisis de la seguridad jurídica mientras un valor basilar del ordenamiento jurídico. En seguida, presenta la problemática referente a la legislación brasileña en lo que tañe a sus limitaciones y negligencias en materia procesal civil internacional. Al cabo, discute la propuesta de alteración legal constante en el Nuevo Código de Proceso Civil, analizando la real posibilidad de que esta previsión (no) solucione la cuestión en aprecio.

Para tanto, se realiza una investigación bibliográfica cualitativa junto al referencial teórico procesalista e internacionalista que tañan el asunto, a fin de exponer las nuevas perspectivas englobando la *lis pendens* en la litigación internacional, bajo el bias brasileño.

2. COMPRENDIENDO LA (IN)SEGURIDAD JURÍDICA EN EL ORDENAMIENTO

La seguridad jurídica se materializa a lo largo de la historia con el objetivo de asegurar la estabilidad de las relaciones humanas, garantizando, con esto, el orden en la vida en sociedad. En tiempos líquidos, como diría Bauman³ para caracterizar la modernidad, se busca

³ BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007; BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*.

al máximo evitar situaciones de incertidumbre y de desprotección, de modo que encontrar caminos que eviten las amenazas y las inseguridades, permitiendo una situación de confort, se torna esencial para aplacar las angustias de los nuestros tiempos y evitar posibles convulsiones sociales.

Así, la (garantía de la) seguridad se torna el objetivo central de todos los campos de las relaciones humanas; es una necesidad que actualmente se transpone para todos los ramos, incluso, para las ciencias jurídico-sociales. Al final, el Derecho es el “instrumento pensado y elaborado exactamente para que los hombres se sientan seguros en las relaciones habidas con los otros en la *polis*”⁴.

Por consiguiente, la seguridad jurídica reviste todos los textos normativos editados en comunidad, teniendo como objetivo no ser solo una mera proposición para el ofrecimiento de una coerción negativa o positiva en la ocurrencia de alguna acción/reacción antijurídica⁵, sino un elemento central del ordenamiento jurídico, de donde todos los institutos legales se proyectan a fin de regir la vida en sociedad, trayendo la certeza a la vida social y, así, atendiendo al bien común.

Eso quiere decir que la seguridad jurídica es un valor fundamental del ordenamiento, la cual debe ser largamente garantizada a los individuos, con el objetivo de demostrar cuál es la conducta esperada por el/ del ser humano, aclarando la forma considerada válida y aceptable, informando la acción que debe ser seguida – aunque no sea su último fin⁶.

Eso porque, el objetivo mayor del Derecho es la justicia, ya que la certeza y la continuidad pueden no ser la realización material de lo justo y de lo correcto en el caso concreto. En ese sentido, expresa Portanova⁷:

[La] seguridad es valor por sí sola no se opone al valor justicia. El deseado de decisiones más previsibles, más uniformes, se choca con ideales de justicia. Es que la justicia hay que comprender lo ineditismo de la vida, el cambio continuo. El valor de la justicia es más importante que el valor de la seguridad. Ésta fundamentalmente garantiza la seguridad de las clases que hicieron la ley o tuvieron el papel preponderante en su elaboración. No hay dejar de reconocer, tal postura lleva a cierta inseguridad.

Es cierto, sin embargo, que la seguridad y la justicia son valores en constante tensión entre sí⁸, puesto que, aunque si la respuesta proferida

Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

4 ROCHA, Carmen Lucia Antunes. “Sobre o Tema”. In: *Constituição e Segurança Jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 9.

5 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João B. Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 37-45.

6 SILVA, Op. cit., p. 15.

7 PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 61; PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 31-32.

8 SILVA, Loc. cit.

debiera primar por lo justo, al cabo, la seguridad es que mantendría el orden social con la protección del derecho objetivo, garantizando la estabilidad y la continuidad de las relaciones humanas. Por eso que Silva afirma que “derecho seguro ni siempre es justo”, a pesar de aquél luchar “contra las arbitrariedades y las injusticias”⁹.

En esa banda ya abogaba Hume¹⁰ aún en el siglo XVIII al prescribir que “no hay posibilidad de establecerse buenas relaciones entre los hombres cuando [las seguridades] son despreciadas”, siendo ellas esenciales para la sustentación de la sociedad. Al final, “el conocimiento anticipado y reflexivo de las consecuencias directas de los actos y hechos” es esencial para la continuidad de la vida pacífica¹¹.

A pesar de Bauman¹² referirse a la seguridad como una forma de garantía delante de la multiplicación de las situaciones generadoras de miedos en los tiempos actuales, expresa por medio de constantes privaciones de la sociedad de sus libertades fundamentales, su solución es muy interesante:

[P]ara personas inseguras, desorientadas y asustadas por la inestabilidad y transitoriedad del mundo que habitan, “la comunidad” parece una alterativa tentadora. Es un sueño agradable, una visión del paraíso: de tranquilidad, seguridad física y paz espiritual.

Paradójicamente, transponiendo esa situación para la temática del presente artículo, la ‘comunidad’ de Bauman podría ser el ordenamiento jurídico en sí, que, para evitar el caos, dispone de mecanismos legales – las normas jurídicas – que prevén y prescriben ciertas conductas, esperadas por la mayoría, las cuales no pueden ser alteradas, bajo pena de levantar indagaciones suficientes para poner en cheque todo el conjunto.

En el campo del Derecho, más específicamente en el proceso, la seguridad jurídica se hace del mismo modo presente. Según Liebman¹³, la inmutabilidad de la sentencia es un efecto primordial para la garantía de la seguridad jurídica, la cual advén del tránsito en jugado de la demanda.

En otros términos, el proceso dialoga con la temática de la seguridad jurídica al no permitir que otra acción con las mismas partes, objeto y causa de pedir (conocido como la ‘tríplice identidad’) sea reconocida y jugada nuevamente cuando ya agotados todos los recursos (ejecutando cosa

9 *Ibíd.*, p. 16.

10 GUIMARÃES, Livia. David Hume. In: BARRETO, Vicente de P. *Dicionário de Filosofia Política*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 452-3.

11 SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009, p. 433.

12 BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevistas a Benedetto Vecchi*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005, p. 68.

13 LIEBMAN, Enrico T. *Eficácia e Autoridade da Sentencia e outros escritos sobre a coisa julgada*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Forense, 2006, apud GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol II, p. 286.

jugada formal) y emanando efectos para fuera del procedimiento de modo a imponerse en la vida de los litigantes (ejecutando cosa jugada material)¹⁴.

Acerca de ese hecho, Dinamarca¹⁵ asevera que:

La cosa jugada es solo una capa protectora, que inmuniza los efectos y los protege contra las neutralizaciones que podrían ocurrir caso ella no existiera, [como] podría el vencido desconsiderar el jugado [...] o levantar nuevos fundamentos contra la decisión; [...] y podrían los jueces, cuando provocados, rever las decisiones del propio Poder Judicial.

Por lo tanto, el mantenimiento de la *res judicata* es esencial para que las relaciones jurídico-sociales se mantengan firmes en los límites de las normas, de modo que su relativización podría traer el desorden y la multiplicación de conflictos. Ocurre que no es solo en la sentencia transitada en jugado que hay la posibilidad de la seguridad jurídica restar abalada.

En el caso de que las dos acciones estén aforadas con la misma tríplice identidad, la segunda demanda cuando distribuida generará la litispendencia, o sea, el trámite conjunto de dos acciones con las mismas *quaestiones facti e iuri*¹⁶. Hecho este que también causa inseguridad jurídica, caso no sea declarada por el juicio prevenido, después de su alegación en sede de preliminar de contestación, pues resultaría en dos sentencias sobre la misma causa y pedido, vinculando las mismas partes¹⁷.

La cuestión es que, similares o distintas, la mera posibilidad de dos sentencias sobre acciones idénticas existir ya es motivo de inseguridad, haya vista el ora mencionado efecto de inmutabilidad generado por ambas las decisiones – sobre todo cuando emanadas en diferentes Estados. Se refiere, así, a los casos de litispendencia internacional, cuando involucrando tribunales de países distintos, los cuales ejercen su jurisdicción sobre la misma acción¹⁸, en los términos de sus reglas de competencia internacional¹⁹.

Además, para que se mantuviera la seguridad jurídica en ese caso, se debería igualmente declarar la litispendencia, lo que, de hecho, depende de la previsión legal, la cual el Brasil, de modo específico no contempla en su legislación. Al final, la litispendencia internacional tiene su *imposibilidad* definida por el artículo 90 del Código de Proceso

14 ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009, p. 343-50.

15 DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, vol III, p. 304.

16 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Forense, 1974, tomo IV, p. 114.

17 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 339.

18 GRECO FILHO, Op. cit. p. 217.

19 *Ibid.*, 218.

Civil de 1973, actualmente vigente²⁰.

Se nota, consecuentemente, la formación de un interesante paradojo: si el Derecho es el mecanismo que exterioriza una especie de seguridad para las relaciones sociales, manteniéndolas estables por fuerza de reglas coercitivas o premiales, en la falta de una determinada norma, hay inseguridad; pero, si la propia ley existente tampoco prevé la inducción de la litispendencia internacional en el caso en que dos acciones sean jugadas por jurisdicciones distintas, ¡hay del mismo modo la inseguridad!

Así, en cierto sentido, estamos de acuerdo con Luhmann²¹ cuando menciona que la seguridad jurídica “no es la previsibilidad de las decisiones judiciales sino [...] la congruencia entre las normas jurídicas y los modos de vida”. Esto significa que la norma jurídica y la sociedad deben estar alineados para no crear inestabilidad, lo que, en este escenario, sería la de buscar *una sola* decisión que trata el mismo asunto y entre las mismas partes, aparte del lugar en que se pronunció la decisión.

Por lo tanto, es esencial entender que el problema de Brasil es la falta de previsión de la litispendencia internacional en la ley, dado que la competencia (concurrente) brasileña actual es muy amplia. Y solo de esta manera, es decir, con la disposición legal de la *lis pendens* internacional en el Código Procesal Civil que el Derecho garantizaría su eficacia en el ámbito social, endosando la seguridad de las relaciones humanas.

3. LA INSERCIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA INTERNACIONAL EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA Y LA NECESIDAD DE (MÁS) PREVISIÓN LEGAL

A través de criterios de viabilidad, efectividad y conveniencia, los Estados establecen cuáles acciones están sujetas a su jurisdicción, siendo previamente establecidos por el legislador y solo aplicados por el juez cuando del recibimiento y juicio de la demanda, una vez que este ya encuentra la norma puesta²². En otros términos, la ley es que determina cuales los elementos o puntos de conexión que atraen la competencia del Poder Judicial de un país, asegurando la previsibilidad necesaria para que las relaciones humanas se mantengan estables.

Por eso, cada Estado está pautado por su soberanía para extender o limitar la jurisdicción hasta donde jugar oportuno y conveniente²³. Sin embargo, eso no impide que otros Estados también definan su alcance y

20 El Código de Proceso Civil Brasileño, Art. 90, prescribe: “La acción intentada delante el tribunal extranjero no induce a la litispendencia, ni impide que la autoridad judicial brasileña conozca de la misma causa y de las que le son conexas”.

21 LUHMANN, Niklas. *La Norma nella Prospettiva Sociológica em la Teoría Funcionale del Diritto*. Milano: Ed. Unicopli, 1981, p. 51.

22 GRECO FILHO, Op. cit., p. 208.

23 Se observa que la soberanía es uno de los fundamentos de la República Federativa del Brasil, estando prescrito en el artículo 1º de la Constitución Federal.

límite, lo que, en la práctica, puede hacer con que un Estado acabe por duplicar o perjudicar la actividad jurisdiccional extranjera²⁴.

Las reglas de competencia internacional, así establecen bajo cuáles preceptos un juez o tribunal doméstico está autorizado a decidir y conocer una causa que posea conexión internacional, sin considerar los intereses de otros Estados. En una palabra, la competencia de los tribunales es determinada por la *lex fori*, también definida como la ley del local – la ley del foro²⁵, la cual depende de la organización del judicial y, principalmente, de las normas de competencia preestablecidas²⁶.

En Brasil, tales normas están enumeradas en el Código de Proceso Civil (CPC), en el momento en este presente las hipótesis de actuación del judicial brasileño, exponiendo situaciones que el judicial brasileño es únicamente competente para jugar (competencia exclusiva) pero también, presentando situaciones en que tanto el Brasil como otro país pueden ejercer jurisdicción (competencia concurrente).

Actualmente, los límites a la jurisdicción brasileña son reglamentados por los artículos 88, 89 y 90 del CPC de 1973²⁷, y en el artículo 12 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (LINDB) de 1942²⁸, la cual reglamentaba la materia de forma exclusiva antes de la edición de tal documento. Eso porque, anteriormente al actual CPC, la existencia de la competencia internacional fue completamente ignorada en la elaboración del CPC anterior, fechado de 1939²⁹.

La competencia exclusiva, también conocida como absoluta o necesaria, es aquella en que la lid *solo* puede ser propuesta en el judicial brasileño, de modo a negar cualquier prescripción o mandamiento adviniendo de judicial extranjero³⁰. Esta competencia está normalizada por el artículo 89 del CPC y por el artículo 12(1) de la LINDB.

Específicamente, el artículo 12 de la LINDB expone como competencia exclusiva solo el juicio sobre causas que versen sobre bienes inmuebles situados en Brasil. Ya el artículo 89 del CPC, además de reforzar el ora previsto por la legislación introductoria nacional en su inciso primero, él igualmente incluye la previsión de proceder inventarios y partición de bienes situados en Brasil, aunque el autor de la herencia sea extranjero o tenga residido fuera del país.

Se observa que ambos los artículos explicitan la exclusividad de la competencia brasileña en su texto: mientras el artículo 89 del CPC

24 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito processual civil: Processo de conhecimento*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol 1, p. 214.

25 AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 169.

26 BEVILAQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978, p. 311-312.

27 Instituído por la Ley Federal nº 5.869 de 11 de enero de 1973.

28 Instituída por el Decreto-Ley nº 4.657 de 4 de septiembre de 1942.

29 Instituído por el Decreto-Ley nº 1.608 de 18 de septiembre de 1939.

30 PORTELA, Paulo Henrique G. *Direito Internacional Público e Privado*. 4ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 661.

la demuestra con la expresión “con exclusión de cualquiera”, el artículo 12(1) expone que “solo a la autoridad brasileña compete” jugar. De esta manera, caso haya una sentencia proferida por judicial extranjero sobre las materias determinadas en los referidos artículos, ella nunca surtirá efectos en el territorio nacional, vez que el Superior Tribunal de Justicia (STJ) jamás la homologará – permaneciendo *siempre* ineficaz en Brasil³¹.

Ese entendimiento, por ejemplo, fue expuesto en la Sentencia Extranjera Contestada n° 7.171 del año de 2013, no homologada por el STJ. En ese caso, restó determinado que el judicial Norteamericano, además de ser incompetente para decidir sobre bien inmueble situado en Brasil, no podría tratar de cuestiones involucrando intereses brasileños directos, pues “implica[ría] en innegable ofensa a la autoridad del poder Judicial Brasileño, hiriendo, por consiguiente, la soberanía nacional”³².

El problema central de la competencia internacional, por lo tanto, no es de la competencia exclusiva, puesto que la previsión legal específica de tales reglamentos confiere un alto grado de seguridad para las relaciones en sociedad. Pero, el obstáculo enfrentado se encuentra en el artículo 88 del CPC al traer las posibilidades de competencia concurrente entre los países.

Esa competencia, también es conocida como relativa, alternativa o cumulativa, una vez que no excluye la posibilidad del proceso tramitar en foro de otro país³³. En otras palabras, ella determina que tanto el Brasil como otro país son igualmente capacitados para el juicio de determinadas demandas, culminando en la posibilidad del juez brasileño *concurrir* con los tribunales forasteros.

En *terrae brasilis*, las hipótesis de la competencia concurrente son identificadas en el referido artículo 88 del CPC cuando el reo, independientemente de su nacionalidad, (a) esté domiciliado en Brasil, (b) cuando la obligación tenga que ser cumplida en Brasil, o (c) cuando la acción originarse de hecho/acto practicado en Brasil. Se refiere que mientras el CPC aún no había sido edificado, la competencia concurrente era reglamentada solamente por el *caput* del artículo 12 de la LINDB, lo cual no preveía la posibilidad de juicio de una acción cuando ella fuera originaria de hecho o acto practicado en el territorio nacional, siendo esa posibilidad insertada solo en el año de 1973.

Es imperioso destacar, además, que, en los casos enumerados por ambos los artículos supra citados, el juez brasileño deberá ejercer jurisdicción solamente cuando la lid le sea presentada, ya que ningún

31 MANGE, Flavia Fóz. *Medidas de urgência nos litígios comerciais internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 32.

32 STJ. *Sentencia Extranjera Contestada n° 7171*. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 19 fev 2013 [en línea]. [acceso em: 19 fev. 2014]. Disponible en: <https://ww2.stj.jus.br/Proceso/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1283161&num_registro=20130426281&data=20131202&formato=PDF>

33 PORTELA, Op cit., p. 661.

juez puede actuar caso no haya provocación de la parte interesada³⁴. En este sentido es el artículo segundo del CPC, que así dispone: “Ningún juez prestará la tutela jurisdiccional sino cuando la parte o el interesado requerirla, en los casos y forma legales”.

De esta manera, el artículo 88 del CPC dispone sobre aquellos casos en que no hay la exclusión del juez extranjero para decidir sobre la lid, y, con esto, consecuentemente, la acción podrá ser propuesta tanto aquí en Brasil como en otra parte, admitiendo la actuación paralela de jurisdicción extranjera sobre la misma lid sujeta a la jurisdicción brasileña. Esto es, a través de la redacción y lectura del artículo es evidente que éste tenía la intención de demostrar la posibilidad de aceptación de sentencias extranjeras, mismo cuando el Brasil tenga igual competencia para el juicio de la demanda.

Ocurre que, por más que el legislador no tuviera el propósito de perjudicar las partes, la misma previsión normativa no impide que dos (o más) acciones idénticas tramiten simultáneamente en foros distintos, siendo, por lo tanto, necesaria la previsión de litispendencia internacional para que la seguridad jurídica sea resguardada. Así, se percibe claramente que hay la posibilidad de elección del litigante en cual país irá distribuir la demanda, no habiendo óbice de que las partes acaben proponiendo la misma acción en dos judiciales distintos.

Sin embargo, que, en el caso de optarse por el ingreso de la acción en suelo extranjero, la sentencia allá proferida solo surtirá efecto en Brasil después de transitada en jugado y debidamente homologada por el STJ³⁵. Se destaca que la decisión extranjera podrá ser homologada en Brasil, aunque no haya una demanda idéntica en trámite en el judicial brasileño – excepto si ésta transite en jugado antes de la manifestación del Tribunal.

Por otro lado, caso no haya homologación en el STJ de la sentencia extranjera y la decisión del proceso brasileño haga cosa jugada material en el plano doméstico, tendrá no solo un doble juicio, sino también dos decisiones válidas sobre el mismo asunto. Situación esta que causa inseguridad jurídica para las relaciones humanas, puesto que las sentencias pueden ser tanto encontradas como al mérito, como también ser idénticas, ya que un individuo podrá sufrir dos ejecuciones – una en el plano nacional y otra en otro país – cuando las decisiones son idénticas, o, aún, ser absuelto en una esfera y condenado en otra.

La litispendencia internacional, por consiguiente, es un factor que, cuando no restringido por la legislación de un Estado, puede conllevar en una enorme inseguridad a las relaciones en sociedad. Dicho de otro modo, esta duplicidad de acciones y de decisiones sobre un mismo

34 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 14ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 1114.

35 Imperioso referir que en las hipótesis presentadas por el artículo 88, la sentencia proferida en otro país solo será válida si atender a los requisitos reglamentados por los artículos 15 y 16 de la LINDB.

objeto pondría en riesgo la seguridad jurídica del sistema legal de cualquier país, además de herir el derecho público, pues provocaría, no solo el aumento de los costos procesuales, sino también, podría producir injusticia y, también, decisiones inconsistentes y contradictorias.

Ocurre que el objetivo de la litispendencia es exactamente evitar el doble juicio de una misma lid! Por eso, su previsión legal *se haz* necesaria para imponer la extinción del segundo proceso siempre que las acciones busquen el mismo resultado, aunque las partes estén en posiciones invertidas o que esas acciones tramiten en judiciales de países distintos³⁶. Y, en un intento de corregir este problema, es que el legislador modifica el artículo 90 del CPC, que se discute en la siguiente parte.

4. EL NUEVO CÓDIGO DE PROCESO CIVIL: ¿UNA REESTRUCTURACIÓN NECESARIA?

A pesar de la litispendencia internacional claramente existir, el artículo 90 del CPC trae la no aplicabilidad de la litispendencia, relatando que “la acción intentada delante el tribunal extranjero no induce la litispendencia, ni obsta a que la autoridad judicial brasileña conozca de la misma causa y de las que le son conexas”³⁷.

De esta forma, se puede simplificar de una manera práctica: caso la litispendencia ocurra internamente en Brasil, al momento en que dos o más procesos están en tramitación, estos procesos serán obligatoriamente extintos. Si, entre tanto, dos o más procesos se encuentran en trámite en países diferentes, siendo uno de ellos el Brasil, no hay la extinción cuanto al proceso que tramita en Brasil³⁸.

Lo que se nota de los jugados “internacionales” es el rechazo de la litispendencia internacional, bajo la alegación de necesaria aplicación del artículo 90 del CPC. Cabe, incluso, transcribir parte de la deliberación proferida por el Ministro Barros Monteiro en el Recurso Especial n° 251.438/RJ:

Después, en los términos del estatuido en el art. 90 del Código de Proceso Civil, “la acción intentada delante el tribunal extranjero no induce la litispendencia, ni obsta que la autoridad judicial brasileña conozca de la misma causa y de las que le son conexas”. Vale decir, es irrelevante la litispendencia internacional³⁹.

Los demás jugados del STJ sobre el tema poseen el mismo

36 DINAMARCO, Op. cit. p. 62-63.

37 BRASIL. *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, 1973, Art. 90.

38 ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 15 ed rev atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 309.

39 STJ. *Recurso Especial n° 251.438/RJ*. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, 08 ago 2000 [en línea]. [Acesso em: 12 fev. 2014]. Disponible en: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000248215&dt_publicacao=02/10/2000>

fundamento de la deliberación supra presentada, aplicando irrestrictamente el artículo 90 del CPC, pugnándose por la irrelevancia de la litispendencia internacional. En este sentido también decidieron los jugadores del STJ en tres Sentencias Extranjeras Contestadas n° 493-EX⁴⁰, 2.958-EX⁴¹ y 4.127-US⁴².

La regla del art. 90 del CPC define que la misma acción puede ser objeto de análisis simultáneo por el judicial brasileño y por un judicial extranjero y que las decisiones proferidas por el juez de otro Estado podrán, o no, generar efectos en Brasil⁴³, causando, con eso, una verdadera corrida de acciones, pues, poco importa cuál acción fue primeramente interpuesta, y sí, cuál de ellas primero hizo cosa jugada. En otras palabras, en Brasil valdrá el proceso que se haga la cosa jugada primero, recuérdese que, para que una decisión extranjera haga cosa jugada en Brasil es necesaria la homologación de la misma por el STJ.

Esta reglamentación del artículo 90 que encierra el capítulo de la litispendencia internacional que posee la finalidad de proteger la persona domiciliada en Brasil puede ser considerada una “arma de doble filo”, pudiendo, incluso, perjudicarla. Por ejemplo, si la demanda motivada en el extranjero, por cualquier motivo, no obtuvo éxito, el autor, podría entonces, venir a Brasil para “intentar la suerte” con una acción idéntica, sin que el reo, correctamente citado anteriormente, pudiera alegar litispendencia, caso aquella aún estuviera en andamio⁴⁴.

Se tiene el cuidado, sin embargo, de demostrar dos fallas graves que fueron ignoradas al momento de la elaboración del artículo 90 del CPC. La primera falla se encuentra al momento en que la norma excluye de su alcance las disposiciones que admiten la litispendencia internacional, o sea, aquéllas constantes en tratados internacionales⁴⁵. La segunda falla, sin embargo, constituyó en ignorar la existencia de la litispendencia internacional, una vez que resta claro que ésta ocurre, lo que acontece, entre tanto, es que, a pesar de ella existir, ella no generará ningún efecto.

El Brasil es signatario de tres tratados internacionales que legislan acerca de la aplicabilidad de la litispendencia internacional. El Brasil es signatario del Código de Bustamante también conocido como la Convención

40 STJ. *Recurso Especial n° 493/EX*. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília. Brasília, 17 ago 2011 [en línea]. [acceso em: 12 fev. 2014]. Disponible en: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1084527&sReg=201100342711&sData=20111006&formato=PDF>

41 STJ. *Recurso Especial n° 2.958/EX*. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília. Brasília, 21 set 2011 [en línea]. [acceso em: 20 fev. 2014]. Disponible en: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1091351&num_registro=200800444285&data=20111014&formato=PDF>

42 STJ. *Recurso Especial n° 4.127/US*. Relator: Nancy Andrichi. Brasília. Brasília, 07 dez 2011 [en línea]. [acceso em: 12 fev. 2014]. Disponible en: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1135194&sReg=201101254649&sData=20120927&formato=PDF> 43 PORTELA, Op. cit. p. 665.

44 GASPARETTI, Marco Vanin. *Competência internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.130.

45 ARMELIN, Donaldo. “Competência Internacional”. *Revista de Processo*. 1978, n° 2, p. 131-158.

de Derecho Internacional Privado de Habana, teniendo su incorporación a través del Decreto n°. 18.871 de 13 de agosto de 1929, poseyendo, de esta forma, plena eficacia en el ordenamiento jurídico interno. Este documento trae, en su artículo 394, la posibilidad de alegación de la litispendencia en materia civil, cuando la sentencia que sea proferida en un país deba producir en otro país los efectos de la cosa jugada.

Los otros dos tratados internacionales que normalizan la aplicación de la litispendencia internacional fueron firmados en el ámbito del Mercado Común del Sur (MERCOSUR). El primero es el Protocolo de Buenos Aires sobre la Jurisdicción Internacional en Materia Contractual, firmado en el año de 1994 y ratificado por Brasil por el Decreto n°. 2.095 de 17 de diciembre de 1996, cuyo artículo seis define la aplicabilidad de juicio prevenido, o sea, aquel juez que primero despachó o profirió alguna decisión sobre la causa, debe ser el responsable por el juzgamiento del proceso. La prevención se dará al inicio de la acción determinando el local en que ocurrirá la lid hasta su juzgamiento final.

En este sentido, también hay el Protocolo de Las Leñas, ratificado por Brasil a través del Decreto n°. 6.891 de 2 de julio de 2009, conocido en el bloc como el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa que trae en su interior el artículo 22.

El artículo 22 de este tratado determina que, cuando se trata de la sentencia el laudo arbitral entre las mismas partes, con los mismos hechos y que tenga el mismo objeto que otro proceso ya interpuesto, su reconocimiento dependerá de la compatibilidad con el pronunciamiento anterior o simultáneo recaído en tal proceso. En este diapasón no se conocerá, ni se procederá a la ejecución, cuando un proceso que tenga las mismas partes, fundado en los mismos hechos y sobre el mismo objeto sea interpuesto delante a otra autoridad.

El Nuevo Código de Proceso Civil trajo una significativa alteración para la materia de la Competencia Internacional en cuestión. El artículo 90 del actual CPC fue sustituido por el artículo 23 del Código, ubicado en el Título II, denominado Límites de la Jurisdicción Brasileña y Cooperación Internacional, Capítulo I, denominado como “De los Límites de la Jurisdicción Nacional”.

El nuevo artículo 23, que trata sobre la litispendencia internacional, trajo dos observaciones a la inaplicabilidad de este instituto, a saber:

Art. 23. La acción propuesta delante el tribunal extranjero no induce la litispendencia y no obsta a que la autoridad judicial brasileña conozca de la misma causa y de las que le son conexas, observadas las disposiciones en contrario de los tratados internacionales y los acuerdos bilaterales en vigor en Brasil. *Párrafo único.* La pendencia de la causa delante la

jurisdicción brasileña no impide la homologación de la sentencia judicial o arbitral extranjera⁴⁶.

Así siendo, el artículo 23 del Nuevo CPC repite parte de la regla del artículo 90 del actual CPC, pero garantizando la aplicabilidad de disposiciones contrarias dispuestas en tratados internacionales o acuerdos bilaterales en vigor en Brasil. Con esta alteración, el Brasil resguarda la aplicación de los tratados internacionales, en los cuales es signatario, como es el caso del Código de Bustamante, del Protocolo de Buenos Aires y del Protocolo Las Leñas.

Sin embargo, el legislador, en la elaboración del CPC, insistió en el mismo error del artículo 90 del actual CPC, que representa la confusión entre el contenido y la eficacia de la litispendencia⁴⁷, lo que es inadmisibles. La litispendencia, pues, es vislumbrada siempre que se tiene la existencia concomitante de dos procesos idénticos en tramitación. Ya el efecto de la litispendencia es aquel que provoca la extinción, sin resolución de mérito, de uno de los procesos - aquel en lo cual ocurrió la citación más tardía.

Así, al momento en que hay dos procesos idénticos tramitando en países distintos, hay la litispendencia, lo que no existirá, sin embargo, serán sus efectos, una vez que los dos procesos continuarán en tramitación⁴⁸. Luego, el problema de la litispendencia internacional fue nuevamente ignorado por el legislador, en la elaboración del Nuevo CPC, pues aún hay la posibilidad de que dos acciones estén concomitantemente en tramitación en dos países que no poseen tratados o acuerdos bilaterales.

Con eso, como se mencionó anteriormente, la litispendencia internacional y la duplicidad de decisiones sobre un mismo objeto pondrían en riesgo la seguridad jurídica del sistema legal de cualquier país, pues, además de herir el derecho público, provocando no solo el aumento de los costos procesuales, podría también producir injusticias, decisiones inconsistentes o, hasta mismo, decisiones contradictorias.

Por lo tanto, la incorporación parcial de la litispendencia internacional en el ordenamiento nacional puede ser percibida como insuficiente y, incluso, innecesaria bajo a los auspicios de (in)seguridad jurídica. Después de todo, ¿por qué poner la predicción de los tratados internacionales, si el gran problema es, precisamente, en los casos en que estos no sean una posibilidad?

En este caso, teniendo en cuenta que el legislador no considera la inclusión de un tipo legal más “garantizador”, quizá, la solución sería la

46 SARNEY, José. *Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010*. Dispõe sobre a Reforma do Código de Processo Civil [en línea]. [acceso 19 dic. 2014]. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>

47 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Gen-Método, 2011, p. 135.

48 ALVIM, Op. cit., p.48-49; NEVES, Op. cit., p.135.

de restringir la competencia concurrente del propio Brasil, pues es en este campo que encontramos una gran proporción de los conflictos de jurisdicción entre los diferentes Estados.

CONCLUSIÓN

Como visto, la litispendencia acontece cuando se identifica que hay, en tramitación, dos demandas idénticas, caracterizadas por la identidad de las partes, de pedido y de causa de pedir. Si este fenómeno se da en el derecho interno brasileño, el segundo proceso será obligatoriamente extinto, al paso que, si este hecho ocurre en dos países distintos, no habrá consecuencias y ambos los procesos continuarán en tramitación.

De esta forma, para que fuera explorada la alteración del CPC acerca de la litispendencia internacional y su problemática, fue necesario presentar algunas definiciones acerca de la seguridad jurídica y de la competencia internacional del judicial brasileño. Primeramente, se observó que la seguridad jurídica es un valor basilar del sistema del Derecho que tiene como finalidad garantizar que la norma y la sociedad (las relaciones humanas) no actúen incongruentemente, generando un ambiente jurídico-social previsible y cognoscible.

La competencia internacional, por otra parte, fue referida como un instituto responsable por la distribución de la jurisdicción por los organismos jurídicos internos, siendo dividida en competencia exclusiva y competencia concurrente. Y así, vimos que el gran problema de la litispendencia reside en la competencia concurrente, ya que el mismo proceso puede ser interpuesto tanto en Brasil como en otro país – generando inestabilidad, dada la posibilidad de que surjan diferentes resultados.

Se demostró, además, que el artículo 90 del CPC vigente no admite la litispendencia internacional, manteniendo los procesos idénticos en tramitación en el judicial de los dos países distintos. Este hecho ignora completamente tres tratados que determinan la aplicación de la litispendencia y que el Brasil es signatario que son: el Código de Bustamante, el Protocolo de Las Leñas y el Protocolo de Buenos Aires.

De esta forma, se hizo el análisis de la modificación del artículo 90, propuesta por el artículo 23 del CPC, que hace dos observaciones al artículo que son los tratados internacionales y los acuerdos bilaterales. La propuesta del CPC no resuelve el problema de la litispendencia internacional básicamente por dos motivos: (i) porque ella continúa aconteciendo y, (ii) porque el artículo continúa ignorando sus efectos con los países que no poseen tratado o acuerdo bilateral con Brasil.

Finalmente, se llegó a la conclusión que la inseguridad jurídica está presente tanto en el artículo 90 del actual CPC como en el artículo 23 del CPC, ya que las partes están sujetas a un doble juzgamiento o a juzgamientos contradictorios sobre una misma demanda, no siendo

relevante el cambio propuesto por el legislador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 15ª ed rev atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ARMELIN, Donald. "Competência Internacional". *Revista de Processo*. 1978, nº 2, p. 131-158.

BARROSO, Darlan. *Teoria geral e Processo de conhecimento*. Barueri: Manole, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Identidade: entrevistas a Benedetto Vecchi*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BEVILAQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

BRASIL. *Código de Processo Civil Brasileiro*. Brasília, 1973.

BRASIL. *Decreto 18.871 de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana. Brasil, DF, 14 ago 1929* [en línea]. [acceso 04 feb. 2014]. Disponible en: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=18871&tipo_norma=DEC&data=19290813&link=s>

BRASIL. *Constituição Federal de 1988* [en línea]. [acceso 25 ene 2014] Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

BRASIL. *Decreto 6.891 de 2 de julho de 2009* [en línea]. [acceso 5 feb. 2014.] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6891.htm>

BRASIL. *Decreto nº 2.095 de 17 de dezembro de 1996* [en línea]. [acceso 5 feb. 2014] Disponible en: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-2095-17-dezembro-1996-437295-publicacaooriginal-1-pe.html>>

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 14ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 339.

DINAMARCO, Cândido R. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002, vol III.

GASPARETTI, Marco Vanin. *Competência internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, vol II.

GUIMARÃES, Livia. *David Hume*. In: BARRETO, Vicente de P. *Dicionário de Filosofia Política*. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 452-3.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João B, Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 37-45.

LUHMANN, Niklas. *La Norma nella Prospettiva Sociológica em la Teoría Funcional del Derecho*. Milano: Ed. Unicopli, 1981.

LVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

MANGE, Flavia Fóz. *Medidas de urgência nos litígios comerciais internacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Derecho Processual Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1973.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. Forense, 1974, tomo IV.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Derecho processual civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 71-72.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Gen-Método, 2011.

PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentencia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. In: PORTANOVA, Rui. *Princípios do Proceso Civil*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

PORTELA, Paulo Henrique G. *Direito Internacional Público e Privado*. 4ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. “Sobre o Tema”. In: *Constituição e Segurança Jurídica: Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito processual civil: Proceso de conhecimento*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, vol 1.

SARNEY, José. *Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010. Dispõe sobre*

a Reforma do Código de Processo Civil [en línea]. [acceso 19 dic. 214]. Disponible en: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>>

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

STJ. *Recurso Especial nº 2.958/EX*. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília. Brasília, 21 set 2011 [en línea]. [acceso 20 feb. 2014]. Disponible en: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1091351&num_registro=200800444285&data=20111014&formato=PDF>

STJ. *Recurso Especial nº 493/EX*. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília. Brasília, 17 ago 2011 [en línea]. [acceso 19 feb. 2014]. Disponible en: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1084527&sReg=201100342711&sData=20111006&formato=PDF>

STJ. *Recurso Especial nº 7.171*. Relator: Nancy Andriahi. Brasília. Brasília, 19 feb 2013. [en línea]. [acceso 12 feb. 2014]. Disponible en: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1283161&num_registro=201300426281&data=20131202&formato=PDF>

A APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO PELO JUIZ NACIONAL: O CASO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR UN TRIBUNAL NACIONAL: EL CASO DE LA LEY BRASILEÑA

*Frederico Glitz**

Resumo: *O presente artigo buscou compreender como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro encara a aplicação do direito estrangeiro a casos oriundos do sistema conflitual. Para tanto, o artigo apresentou os principais dispositivos legais brasileiros e analisou o posicionamento da doutrina brasileira em relação a três aspectos: a aplicação do direito de estrangeiro de ofício pelo juiz nacional, a prova do Direito estrangeiro e a interpretação do direito estrangeiro. Concluiu-se, ao final, que não só é escassa a jurisprudência da mais alta Corte brasileira sobre os temas, como que ela acaba acompanhando, em geral, a abordagem doutrinária prevalente.*

Resumen: *El presente artículo buscó comprender como la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia brasileiro encara la aplicación del derecho extranjero a casos oriundos del sistema conflictual. Por tanto, el artículo presentó los principales dispositivos legales brasileiros y analizó el posicionamiento de la doctrina brasileira en relación a tres aspectos: la aplicación del derecho extranjero de oficio por el juez nacional, la prueba del derecho extranjero y la interpretación del derecho extranjero. Se concluye, al final, que no sólo es escasa la jurisprudencia de la más alta Corte brasileira sobre los temas, como que ella acaba acompañando, en general, el abordaje doctrinario prevalente.*

Palavras-chave: Direito internacional privado, Jurisprudência, Direito estrangeiro

Palabras clave: Derecho internacional privado, Jurisprudencia, Derecho extranjero

* Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2011). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professor titular da UNOCHAPECÓ e da UNICURITIBA. Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNOCHAPECÓ. E-mail: fglitz@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A criação de “Direito” e sua aplicação a casos submetidos a sua jurisdição são dois aspectos amplamente reconhecidos e atribuídos à soberania estatal.

Ocasionalmente, no entanto, existem casos que fogem destas características básicas. Neles, o exercício daquela mesma soberania se dá pela “permissão” de incidência de Direito estrangeiro. Esta, aliás, é a explicação tradicional do Direito conflitual (ou parte do Direito Internacional Privado).

Nestes casos, o Estado, por meio de uma decisão sua, escolhe os critérios que podem vir a determinar a incidência de um Direito que não o seu próprio. Em outros termos, o próprio Ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, pode escolher, indiretamente, casos em que determinará a aplicação de um Direito estrangeiro. Estes critérios têm construção bastante antiga, são relativamente harmonizados em termos globais e estão consagrados na legislação brasileira (Decreto-lei nº 4.657/1942).

Para além da própria análise deste objeto do Direito internacional privado, o presente artigo propõe entender como o Ordenamento jurídico brasileiro, nestas hipóteses decorrentes dos mecanismos conflituais, reconhece e aplica o Direito estrangeiro. Este artigo, portanto, não adentra ao problema da criação transnacional de Direito. Este artigo, também, limita sua abordagem a compreensão de como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encara três problemas básicos: *a)* a aplicação do Direito estrangeiro; *b)* a prova do Direito estrangeiro e *c)* a interpretação do Direito estrangeiro (se de forma nacionalizada ou não). Destaque-se, por fim, que não serão abordados os mecanismos de controle e interpretação, propriamente ditos, do Direito estrangeiro pelo juiz nacional. Também não se apreciarão os mecanismos de prova do Direito estrangeiro.

Para atingir o objetivo proposto, buscar-se-á, inicialmente, qual o posicionamento da doutrina brasileira sobre a incidência e eficácia do Direito estrangeiro decorrente dos mecanismos próprios de Direito internacional privado. Em um segundo momento, haverá a confrontação entre aquela justificativa teórica e a realidade do Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Não se optará, portanto, pela análise do Direito comparado na medida em que o objetivo final desta pesquisa é, justamente, traçar o cenário atual do Direito brasileiro.

A análise dos dados obtidos da análise jurisprudencial, com as limitações expostas no item próprio, permitirá compreender como a realidade jurisdicional unificada e nacional se coaduna ao raciocínio técnico internacionalista. Eis o que se passa a fazer.

2. A APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO PELO JUIZ NACIONAL: PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA

O julgador brasileiro dispõe de limitado regramento legal que oriente sua aplicação do Direito estrangeiro: art. 408 e seguintes do Código Bustamante¹; art. 14 da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro²; art. 337 do Código de Processo Civil 1973³ e pelo art. 376 do Código de Processo Civil de 2015⁴.

Um primeiro dado relevante que se pode identificar é a escassíssima aplicação do “Código Bustamante”, seja por conta de sua limitação temporal e espacial, seja pela eventual dúvida de sua vigência. Também se destaca a extrema semelhança entre os dispositivos de ambas as codificações processuais civis brasileiras. Isto, aliás, induz a conclusão de que a matéria se relaciona muito mais ao ônus de prova do que, propriamente, à incidência do Direito estrangeiro.

O esclarecimento deste tópico pode (e deve), então, ser buscada na construção doutrinária que se desenvolveu a partir da dificuldade prática relacionada à imposição de Direito diferente do brasileiro a um caso concreto. Estas soluções podem ser divididas em alguns questionamentos: *a) a aplicação do Direito estrangeiro deve ocorrer de ofício?; b) A prova do Direito estrangeiro é dever da parte?; c) Deve-se nacionalizar a interpretação do Direito estrangeiro? Eis o que passaremos a abordar.*

a) *Aplicação do Direito de ofício.* Aparentemente a doutrina internacionalista brasileira entende que, uma vez que as normas conflituais compõem o Ordenamento jurídico nacional, devem ser aplicadas de ofício⁵. Quanto a isso, pouca dúvida seria

1 Decreto ° 18.871/1929: “Art. 408. Os juizes e tribunaes de cada Estado contractante applicarão de officio, quando fôr o caso, as leis dos demais, sem prejuizo dos meios probatorios a que este capitulo se refere. Art. 409. A parte que invoque a applicação do direito de qualquer Estado contractante em um dos outros, ou della divirja, poderá justificar o texto legal, sua vigencia e sentido mediante certidão, devidamente legalizada, de dois advogados em exercicio no paiz de cuja legislação se trate. Art. 410. Na falta de prova ou se, por qualquer motivo, o juiz ou o trubunal a julgar insufficiente, um ou outro poderá solicitar de officio pela via diplomatica, antes de decidir, que o Estado, de cuja legislação se trate, forneça um relatorio sobre o texto, vigencia e sentido do direito applicavel. Art. 411. Cada Estado contractante se obriga a ministrar aos outros, no mais breve prazo possivel, a informação a que o artigo anterior se refere e que deverá proceder de seu mais alto tribunal, ou de qualquer de suas camaras ou secções, ou da procuradoria geral ou da Secretaria ou Ministerio da justiça”.

2 Decreto-lei n° 4.657/1942: “Art. 14. Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência”.

3 Lei n° 5.869/1973: “Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.”

4 Lei n° 13.105/2015: “Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.”

5 RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 211.

possível, uma vez que, no caso brasileiro, é o Decreto-lei nº 4.657/1942 que resume o direito conflitual. Negar-lhe aplicação, portanto, é negar-lhe vigência. Mais interessante, ainda, é o reforço de Tenório. O autor afirma categoricamente que não só o Direito estrangeiro deve ser reputado igual ao Direito nacional, como as partes não podem afastá-lo⁶.

Em verdade, o ponto crucial desta discussão é se o Direito estrangeiro indicado pela norma conflitual brasileira deve, ou não, se aplicado.

Este questionamento é respondido por aqueles que aceitam o resultado da norma conflitual. Estes autores sustentam que negar a aplicação do Direito estrangeiro indicado pela norma conflitual interna corresponderia, justamente, a negativa de sua vigência (da norma interna). Esta, aliás, é posição unânime entre os autores pesquisados⁷.

O questionamento lógico seguinte seria: se o Direito estrangeiro é aquele que, por determinação da norma conflitual brasileira, deve ser aplicado, a quem cabe aplica-lo? Este questionamento é, em parte, respondido pela análise do “ônus probatório”.

b) Prova do conteúdo do Direito estrangeiro. Falar do “ônus probatório” do Direito estrangeiro é, em verdade, de questionar se a parte que invoca a aplicação do Direito estrangeiro pode vir a ser responsabilizada, exclusivamente, pela produção de sua prova.

Aparentemente duas correntes se destacam: aqueles que entendem que este é um dever do Juízo, que pode ser auxiliado pelas partes e aqueles que entendem que a regra é a de divisão do ônus probatório (cabendo a prova a quem o alega). Este ponto, portanto, revela a tensão entre aqueles que compreendem o Direito estrangeiro como fato (que depende de prova, conduzida

6 TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 93. Neste sentido: “O juiz aplica Direito estrangeiro porque, não sendo um autômato da lei, mas consciência viva a emitir uma interpretação oficial da vontade estatal, que se vincula aos fatos que tenham sido judicialmente acertados, precisa de encontrar o direito subjetivo que aqueles fatos interjurisdicionais devem produzir. É esta missão só se pode cumprir plenamente se o juiz aceita os fatos na sua interrelação provada e age de acordo com tal circunstância”. ROCHA, Osiris. “Porque aplicar o direito estrangeiro”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 4, 1964, p.79.

7 BEVILAQUA, Clovis. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editor Rio, s.d, p. 76; TENÓRIO, Oscar. Op. cit., p. 93 e 95; DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional privado: parte geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 283; RECHSTEINER, Beat Walter. op. cit., p. 214; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional privado: curso elementar*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 144-147; ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 230; OLMO, Florisbal de Souza Del’. *Curso de Direito Internacional Privado*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 53; FRANCESCHINI, Luis Fernando; WACHOWICZ, Marcos (ed.). *Direito internacional privado: negócios internacionais, contratos, tecnologia*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 266-267.

pelo sistema processual em termos de ônus probatório) e aqueles que entendem que o Direito não dependeria de prova, mas seu conteúdo deveria ser buscado pelas partes, mas principalmente pelo Juiz.

A conclusão, desta vez quase unânime entre os autores pesquisados, é de que a o jogo processual não afastaria, do juiz, o “dever” de investigação do conteúdo do Direito estrangeiro⁸. Como se percebe, portanto, não se trataria, propriamente, de alocação de “ônus” processuais, mas da efetiva busca do Direito a ser aplicado. Franceschini, por exemplo, chega a afirmar que caberia às partes um papel subsidiário nesta demonstração⁹.

Neste sentido, interessante explicação é dada por Dolinger: “o fato de, no Direito brasileiro, o Direito estrangeiro ser equiparado ao Direito municipal, estadual e consuetudinário faria com que tenha aplicação mandamental e não possa ficar a depender de comprovação”¹⁰ (*iura novit curia*).

Rechsteiner aconselha, contudo, que, do ponto de vista de prática processual, as partes providenciem tal prova¹¹. Lembrese, ademais, que o Direito decorrente da incorporação de tratados não pode ser considerado estrangeiro e, portanto, não caberia às partes prová-lo¹².

Uma vez identificado o Direito estrangeiro como sendo aplicável e definido seu conteúdo e vigência, caberia ao magistrado fazer incidir-lo. Neste ponto nova dúvida poderia surgir: este Direito alienígena deve ser “tropicalizado” (adaptado para o Ordenamento nacional) ou ele deveria ser aplicado tal como se faria em sua origem.

c) Aplicação do Direito estrangeiro. Trata-se, pois, muito mais da indagação envolvendo sua interpretação: ele deve ser aplicado como seria pelo Juiz estrangeiro ou deve o juiz nacional adaptá-lo?

A doutrina pesquisada revela, mais uma vez, posição unânime¹³:

8 RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 214; DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 282-283; OLMO, Florisbal de Souza Del'. Op. cit., p. 53-54. Para TENÓRIO, por outro lado, poderia o juiz exigir este tipo de prova das partes, mas também deveria o juiz promover de ofício a investigação do direito estrangeiro invocado, Op. cit., p.94-96. Neste mesmo sentido MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 154-155; FRANCESCHINI, Luis Fernando. Op. cit., p. 266-267; BAPTISTA, Luiz Olavo. “Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. 1999, nº142, p. 271.

9 FRANCESCHINI, Luis Fernando. Op. cit., p. 266.

10 DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 282.

11 ARAÚJO, Nadia de. Op. cit., p. 234; RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 214-215.

12 TENÓRIO, Oscar. Op. cit., p. 95

13 ARAUJO, Nadia de. Op. cit., p. 234; RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 216; ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de Direito Internacional Privado*, 2a ed, São Paulo: Sugestões literárias, 1978, p. 138; DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 283; MAZZUOLI, Valério de

o Direito estrangeiro deve ser aplicado como o seria pelo juiz estrangeiro (de sua origem). Esta aplicação deveria levar em conta todas as variáveis daquele Ordenamento: hierarquia de normas, jurisprudência atualizada, etc.

Vários autores, contudo, destacam que a aplicação do Direito estrangeiro tem limites. Embora este ponto fuja ao objetivo do presente estudo, deve-se destacar que a aplicação do Direito estrangeiro deveria, em relação aos seus efeitos, entre outros pontos, levar em consideração as garantias constitucionais brasileiras¹⁴.

Superada a análise doutrinária sobre os três pontos essenciais ao presente estudo, convém se passar a análise da construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

3. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O DIREITO ESTRANGEIRO

Em uma realidade continental como a brasileira, exige-se que qualquer análise jurisprudencial seja limitada em seu escopo. Para os fins do presente artigo, portanto, será pesquisado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) uma vez que é ele quem providencia a uniformização nacional da matéria quando envolvidos casos privados e de aplicação da norma conflitual. Esta pesquisa permitirá a análise nacional do tema. A pesquisa levou em consideração o verbete “Direito estrangeiro” e não se limitou o período da pesquisa, nem as Turmas envolvidas.

A pesquisa conduzida no Superior Tribunal de Justiça¹⁵ revelou 11 (onze) casos que obedeciam aos critérios anteriormente descritos. Destes casos se extrai um primeiro dado importante: nem todas as decisões mencionam o Direito estrangeiro em sua ementa. Além disso, nem todos os casos têm natureza privada. Os casos mais atuais datam de 2015, enquanto os mais antigos são do ano de 1992.

Os dois casos de natureza penal foram analisados por meio de *habeas corpus*. Nenhum deles é relevante para esta pesquisa uma vez que abordam a situação criminal específica de pessoas estrangeiras¹⁶. Os demais casos envolvem Recursos Especiais¹⁷, Agravos¹⁸ e Sentenças estrangeiras contestadas¹⁹.

Oliveira. Op. cit., p. 146; BAPTISTA, Luiz Olavo. Op. cit., p. 270.

14 RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 216; ANDRADE, Agenor Pereira de. Op. cit., p. 136; DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 291.

15 Pesquisa conduzida em 15 de fevereiro de 2016.

16 São eles: o HC nº 129993/SP (julgado em 2009) e o HC nº 103373 (julgado em 2008).

17 São eles: REsp. nº1334097 (julgado em 2013); REsp. nº1173960 (julgado em 2013); REsp. nº1165845 (julgado em 2011) e REsp. nº254544 (julgado em 2000).

18 Ag. Em REsp. nº1131808 (julgado em 2011); AgRg no Ag. 23715 (julgado em 1992) e AgRg no Ag 21337 (julgado em 1992).

19 SEC nº3555 (julgado em 2015) e SEC nº1185 (julgado em 2011).

Nestes julgados, percebem-se certas tendências: (i) a aceitação, em tese, de incidência do Direito estrangeiro²⁰; (ii) a discussão sobre a prova do Direito estrangeiro²¹; (iii) a aceitação do Direito estrangeiro quando os atos são realizados no exterior²²; (iv) a utilização da expressão “direito estrangeiro” como sinônimo de Direito comparado²³; (v) a mera menção ao Direito estrangeiro²⁴ e (vi) em nenhum caso foi interpretado o eventual Direito estrangeiro aplicável.

Alguns destes casos, como se pode perceber, não abordam, propriamente, a análise da aplicação do Direito estrangeiro pelo julgador nacional. Assim, por exemplo, a Sentença Estrangeira contestada n°3555 enfrentou a suposta ausência documental (certidão de citação válida/revelia) que comprometeria sua homologação. Neste caso, a Corte Especial entendeu que como se trataria de matéria processual interna, não poderia o Direito brasileiro fazer exigências que lá não fossem conhecidas. De igual forma, cite-se a Sentença Estrangeira contestada n°1185, que menciona, expressamente, que os requisitos para o trânsito em julgado local obedecem ao Direito estrangeiro (onde proferida a decisão).

Outra hipótese que não envolve a aplicação do Direito estrangeiro são aqueles casos, anteriormente referidos, de mera menção do Direito estrangeiro e/ou dos casos envolvendo o Direito comparado como parte da fundamentação.

Do total de casos analisados pelo Superior Tribunal de Justiça, restaram, portanto, apenas dois em que, de alguma forma, surge o tema da aplicação do Direito estrangeiro pelo julgador nacional. Em especial, parece ser preocupação da Corte nestes dois casos a distribuição do ônus da prova do Direito estrangeiro.

No primeiro deles, o Recurso Especial n° 1173960, o Superior Tribunal menciona o art. 337 do Código de Processo Civil/1973, mas acaba deixando de analisar a questão da prova do Direito estrangeiro na medida em que isto violaria a proibição de análise de fatos. Como se sabe, o Superior Tribunal de Justiça não reexamina decisões anteriores quando isso importar reanálise de provas (Súmula n° 7).

Já no Recurso Especial n° 254544, o Superior Tribunal, finalmente, aprecia a questão de aplicação do Direito estrangeiro pelo julgador brasileiro para decidir sobre o ônus de sua prova.

Neste caso (um em onze lembre-se), o Min. Eduardo Ribeiro, relator do processo, não só afirma, em tese, a incidência de normas estrangeiras, quando assim determinado pelas regras de Direito Internacional Privado, como menciona que se não o fizesse, o juiz nacional estaria violando o próprio Direito Interno.

20 Por exemplo, o REsp 1173960 e o REsp 254544.

21 Por exemplo, o REsp 1173960 e o REsp 254544.

22 Por exemplo, a SEC n°3555 e a SEC n°1185.

23 Por exemplo, o REsp.n°1334097, o AgRg no REsp 1131808, o REsp 1165845 / RJ.

24 Por exemplo, o AgRg no Ag 21337 e o AgRg no Ag 23715.

Desta decisão também constam outros dados importantes: (i) a aplicação do Direito estrangeiro deve ocorrer de ofício; (ii) não conhecendo este Direito, o julgador deve tomar as medidas necessárias para seu esclarecimento; (iii) entre estas medidas, não poderia impor o ônus ao autor, mas se valer daquilo que as partes, espontaneamente, produzirem e (iv) caso não seja produzida nenhuma prova, sendo inviável a identificação do Direito estrangeiro, fazer incidir o Direito nacional (para não deixar o litígio sem julgamento). A decisão foi unânime.

Percebe-se, pois, que este precedente se ocupou de responder aos principais questionamentos formulados, em geral, pela doutrina internacionalista brasileira.

CONCLUSÕES

O presente artigo pretendia entender como a mais alta Corte brasileira, competente para apreciação da aplicação do Direito estrangeiro, regularia a aplicação do Direito estrangeiro a casos brasileiros submetidos ao regime conflitual.

Apesar das escassas referências legislativas, a doutrina internacionalista brasileira vem enfrentando o problema, buscando, talvez mais que a jurisprudência, responder a alguns problemas típicos do regime conflitual.

Em um primeiro momento causa surpresa o número infinitamente pequeno de casos que foram apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça²⁵. Isso, talvez, pode ser explicado por dois motivos: ainda se defende a concepção de que a matéria de “prova do Direito” é, de fato, prova de fato. Com isso o próprio Superior Tribunal de Justiça refutaria sua competência (com base em Direito sumulado). Esta tendência é refletida por um dos únicos casos que efetivamente abordam a aplicação do Direito estrangeiro (Recurso Especial nº1173960). Contudo, tal concepção não refletiria, na

25 Em interessante pesquisa, RIBEIRO e LUPI encontraram, em diferentes Tribunais estaduais, cerca de 1000 (mil) casos envolvendo “direito internacional privado” entre 2004 e 2013. Destes casos, apenas 7 (sete), aplicados os critérios metodológicos de recorte, analisaram a incidência de Direito estrangeiro e, em apenas 4 (quatro) houve a incidência do Direito estrangeiro (embora em nenhum caso ele tenha sido interpretado). Os autores concluem: “Como ressaltado, nos 7 casos nos quais havia, como resultado do conflito de leis, a indicação da aplicação do direito material estrangeiro, observou-se, em 4 deles, a sua aplicação (57%, 4/7). Ressalvou-se que “aplicar” o direito estrangeiro muitas vezes é tradução da presunção de regularidade e legalidade de atos praticados no exterior ou mesmo a refutação da aplicação da legislação brasileira invocada. De fato, não se encontraram decisões com análise de dispositivos estrangeiros dirigidos à espécie. Os três casos em que não houve a aplicação da lei estrangeira, embora fosse esse o resultado do conflito, decorreram de falta de prova do direito estrangeiro (1 caso) e objeções decorrentes da aplicação do CDC brasileiro à relação jurídica, entendidas como do gênero “ordem pública” (2 casos)”. RIBEIRO, Gustavo Ferreira; LUPI, André Lipp Pinto Basto. “A aplicação do Direito material estrangeiro em contratos pelos Tribunais de Justiça brasileiros: uma análise sobre dez anos de jurisprudência (2004-2013)”. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. 2014, vol 34.1, p. 104.

opinião de Tiburcio, a tradição do Direito brasileiro²⁶.

Especula-se se o outro motivo da escassa discussão naquela Corte é aquele refletido no resultado final a que o caso Recurso Especial n° 254544 chegou: substituição do Direito estrangeiro pelo Direito nacional²⁷.

Como se pode perceber, portanto, embora este último precedente seja o único caso que, de fato, aborda o tema da aplicação do Direito estrangeiro, ele tende a responder aos principais questionamentos enfrentados pela doutrina.

Neste limitadíssimo cenário, portanto, se poderia afirmar que o Superior Tribunal de Justiça não só afirma a aplicação de ofício do Direito estrangeiro em casos em que ele é indicado pelo sistema conflitual, como afirma que sua prova não pode ser imposta à parte, mas que o Juiz deveria se valer do que as partes produziram e de sua iniciativa investigativa. Em termos muito sucintos, portanto: ao Judiciário caberia um papel bastante ativo na localização e definição do conteúdo do Direito estrangeiro.

Outro ponto de destaque é que o Superior Tribunal de Justiça, também neste único caso, apreciou o ônus probatório do Direito estrangeiro e que, mais importante, em este não sendo alcançado, poderia ser substituído pelo Direito nacional. Esta conclusão decorreria do fato de que não se poderia deixar o caso sem solução²⁸.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça traz, por outro lado, importantes consequências: qual seria o limite da atuação investigativa do magistrado (e eventualmente das partes) para definir uma prova impossível? A impossibilidade de definição do Direito é sinônimo de sua inviabilidade (termo usado pelo julgado). Esta inviabilidade poderia ser de natureza diversa da prova: econômica, por exemplo. E, por fim, se este entendimento não acabaria “incentivando”, diante da mera dificuldade linguística ou cultural, a substituição do Direito estrangeiro pelo nacional.

Por fim, também se constata que um dos questionamentos que orientaram este estudo não é respondido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: como o Direito estrangeiro deve ser interpretado.

Como se pode perceber, portanto, a escassa atuação do Superior Tribunal de Justiça em casos envolvendo aplicação do Direito estrangeiro deixa, ainda, um amplo de espaço de construção. As respostas que esta construção traria é que são tão relevantes para um país que pretende uma maior internacionalização de seu Direito.

26 TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 524.

27 RIBEIRO e LUPI também constata esta tendência em alguns casos, Op. cit., p. 104.

28 TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 524. FRANCESCHINI, por outro lado, compreende que caberia outra solução: a busca de solução baseada na analogia, costumes e princípios gerais de direito, Op. cit., p. 273.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de Direito Internacional Privado*. 2ª ed. São Paulo: Sugestões literárias, 1978.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAPTISTA, Luiz Olavo. “Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. 1999, n°142, p. 267-278.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editor Rio, s.d.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Administrativo. Trânsito. Multas. Veículo licenciado fora do território brasileiro*. Julgado em 7 de maio de 2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo regimental - a expressão “Lei federal” - Abrangencia. Na expressão “Lei Federal” estão compreendidos apenas a lei, o decreto, o regulamento e o direito estrangeiro, não se incluem a portaria, a resolução, a instrução normativa, a circular, o ato normativo, o regimento interno dos tribunais e o provimento da Oab. Agrg no ag. 23715, Rel. Min. Garcia Vieira*. Julgado em 21 de setembro de 1992.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo regimental - a expressão “Lei Federal” - abrangencia. Na expressão “lei federal” estão compreendidos apenas a lei, o decreto, o regulamento e o direito estrangeiro, não se incluem a portaria, a resolução, a instrução normativa, a circular, o ato normativo, o regimento interno dos tribunais e o provimento da Oab. Agrg no ag 21337, Rel. Min. Garcia Veira*. Julgado em 10 de junho de 1992.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo regimental. Recurso especial. Propriedade industrial. Patente pipeline. Prazo de validade. Contagem. Termo inicial. Primeiro depósito no exterior. Ocorrência de desistência do pedido. Irrelevância. Interpretação restritiva e sistemática de normas. Tratados internacionais (trips e cup). Patente correspondente no exterior. Concessão sob o regime Norte-americano de continuação (continuation, divisional ou continuation-in-part). Princípio da independência das patentes. Soberania nacional. Recurso desprovido*. Julgado em 3 de maio de 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Direito estrangeiro. Prova. Sendo caso de aplicação de direito estrangeiro, consoante as normas do Direito Internacional Privado, caberá ao Juiz fazê-lo, ainda de ofício. Não se poderá, entretanto, carregar à parte o ônus de trazer a prova de seu teor e vigência, salvo quando por ela invocado. Não sendo viável produzir-se essa prova, como não pode o litígio ficar sem solução, o Juiz aplicará o direito nacional. Resp. n° 254544, Rel. Min. Eduardo Ribeiro*. Julgado em 18 de maio de 2000.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Homologação de sentença estrangeira. Estados Unidos da América. Condenação a pagamento de valores. Requisitos preenchidos.* Julgado em 12 de maio de 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Processual penal. Execução penal. Habeas corpus. Estrangeiro não-residente no país. Progressão de regime prisional. Possibilidade.* Julgado em 18 de junho de 2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Processual penal. Execução penal. Habeas corpus. Estrangeiro não-residente no país. Progressão de regime prisional. Possibilidade.* Julgado em 18 de junho de 2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do superior tribunal de justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-justiça. Sequência de homicídios conhecida como chacina da candelária. Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação inconstitucional de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressociação da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado. Resp. nº1334097, rel. Min. Luis Felipe Salomão.* Julgado em 28 de maio de 2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso especial. Processo civil e propriedade industrial. Patente pipeline. Prorrogação do prazo no exterior. Modificação do prazo de proteção no Brasil. Impossibilidade.* Julgado 8 de fevereiro de 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Sentença estrangeira contestada. Direito civil. Divergências contratuais. Cobrança e garantia. Cumprimento dos requisitos exigidos pelos arts. 15 e 17 da Lindb e 216-a a 216-n do RISTJ. Alegação de ausência de citação válida e de irregular decreto de revelia na ação originária. Matéria de direito processual. Soberania Nacional. Mérito da avença. Impossibilidade de análise. Mero juízo de delibação. Sentença estrangeira homologada em concordância com o parecer ministerial.* Julgado em 07 de outubro de 2015.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional privado: parte geral.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRANCESCHINI, Luis Fernando. “Aplicação do Direito estrangeiro pelo juiz nacional”. In FRANCESCHINI, Luis Fernando; WACHOWICZ, Marcos (ed.). *Direito internacional privado: negócios internacionais, contratos, tecnologia.* Curitiba: Juruá, 2001, p. 266-267.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional privado: curso elementar.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLMO, Florisbal de Souza Del'. *Curso de Direito Internacional Privado*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIBEIRO, Gustavo Ferreira; LUPI, André Lipp Pinto Basto. "A aplicação do Direito material estrangeiro em contratos pelos Tribunais de Justiça brasileiros: uma análise sobre dez anos de jurisprudência (2004-2013)". *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. 2014, vol 34.1, p. 81-107.

ROCHA, Osiris. "Porque aplicar o direito estrangeiro". *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. 1964, n^o 4, p. 67-79.

TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE MERCADORIAS À LUZ DAS RECENTES ALTERAÇÕES DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE MERCADERÍAS A LA LUZ DE LOS CAMBIOS RECIENTES EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA

*Camilla Capucio**

*Fernanda Araujo Kallas e Caetano***

Resumo: *Em matéria de contratos internacionais, a legislação brasileira vivencia um momento bastante peculiar no qual algumas questões controversas finalmente vieram a ser reguladas. Em matéria processual, o Novo Código de Processo Civil, aprovado em março deste ano, indicou os novos contornos da cláusula de eleição de foro e assinalou as especificidades da litispendência internacional para os países que possuem tratado com o Brasil sobre a matéria. No que concerne ao direito material a ser aplicado, a entrada em vigor no âmbito interno da Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) teve um papel fundamental na uniformização do tratamento de tais contratos. Sendo assim, o presente artigo objetiva contextualizar tais alterações no direito*

* Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Mestre e Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora do Centro Universitário UNA. Professora convidada de cursos de pós graduação *latu sensu*. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (NETI-USP), Coordenadora do Subgrupo do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. Coordenadora e pesquisadora do grupo de pesquisa Empresa, Mercado e Desenvolvimento Social (UNA). Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional (ABDI) e da Sociedade Latino-Americana de Direito Internacional. Associada Honorária do Instituto de Comércio Internacional do Brasil (ICI-BR). Advogada. Foi professora substituta da UFMG e consultora do PNUD-Timor Leste. E-mail: camillacapucio@gmail.com

** Doutora em Direito Internacional pela PUC-MG, Belo Horizonte-MG, Brasil. Mestre em Direito Internacional pela Université Paris II, diploma revalidado no Brasil pela UnB. Professora de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado do Centro Universitário Una, do Centro Universitário de Belo Horizonte - UniBH e da Faculdade Promove. Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Internacional do Cedin-BH. Pesquisadora do grupo de pesquisa Empresa, Mercado e Desenvolvimento Social (UNA). Advogada. E-mail: fernandakallas@hotmail.com

internacional privado brasileiro, pontuando seus impactos na prática dos nossos tribunais.

Resumen: *En el ámbito de los contratos internacionales, la legislación brasileña experimenta un momento peculiar relativo a algunos temas polémicos, que finalmente llegaron a ser gobernados. En materia de procedimiento, el Nuevo Código Procesal Civil, aprobado en marzo de este año, indicó los nuevos contornos de la cláusula de elección de foro y tomó nota de los detalles de litispendencia internacional para los países que tienen tratados con Brasil sobre el asunto. En relación con el derecho sustantivo que debe aplicarse, la entrada en vigor a nivel nacional de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías jugó un papel clave en la estandarización del tratamiento de dichos contratos. Por lo tanto, este artículo tiene como objetivo contextualizar dichos cambios en el derecho internacional privado brasileño, puntuando su impacto en la práctica de nuestros tribunales.*

Palavras-chave: Contratos internacionais, Cláusula de eleição de foro, Novo código de processo civil, Convenção das Nações Unidas sobre compra e venda internacional de mercadorias (CISG)

Palabras clave: Contratos internacionales, Elección de la corte, Nuevo código de procedimiento civil, Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías

1. INTRODUÇÃO

Não se sabe ao certo se por descaso ou falta de interesse político, o direito internacional privado não é matéria frequente na agenda do legislador brasileiro. Não é sem motivo que a maior parte dos contratos internacionais tem preferido eleger a via arbitral para a solução de suas controvérsias, jurisdição diante da qual vigora o tão caro princípio da autonomia da vontade das partes.

Não obstante, tendo em vista o crescimento das relações comerciais entre empresas nacionais e empresas originárias dos maiores parceiros econômicos brasileiros, parece que o legislador brasileiro resolveu finalmente refrescar as normas que há muito vinham regendo a matéria - normas de uma época em que pouco contato se tinha com o “estrangeiro” - tornando-as mais condizentes com o processo de globalização e de liberalização das trocas internacionais.

Assim sendo, o presente artigo visa pontuar a contribuição de dois importantes diplomas para a disciplina de direito internacional privado: o Novo Código de Processo Civil, no que concerne as questões extrínsecas do processo civil internacional, e a Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, no

que concerne as questões intrínsecas aos contratos internacionais de importação e exportação.

2. O IMPACTO DO NOVO CPC NOS LIMITES DA JURISDIÇÃO NACIONAL BRASILEIRA

O Novo Código de Processo Civil, aprovado em 2015 pela Lei 13.105, com entrada em vigor prevista para 18 de março de 2016, operará algumas importantes alterações no processo civil brasileiro em questões de direito internacional, tais como o reconhecimento da validade da cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais e a regulação expressa da litispendência internacional nas hipóteses em que existam tratados dos quais o Estado brasileiro seja parte.

2.1. A regulamentação da eleição de foro nos contratos internacionais

No que concerne a jurisdição da autoridade judiciária brasileira em matéria de direito internacional, o novo Código de Processo Civil - aprovado em 2015, com entrada em vigor prevista para março de 2016 - trouxe algumas importantes contribuições em seu capítulo intitulado "Limites da Jurisdição Nacional". As normas sobre a competência internacional que se encontram previstas no artigo 88 do Código de Processo Civil de 1973 passarão a ser reguladas pelos artigos 21 e 22 do Novo Código de Processo Civil.

O grande marco dessa alteração é sem sombra de dúvida a regulamentação da possibilidade de eleição de foro nos contratos internacionais. Apesar da questão da eleição de foro ser matéria aceita nos contratos internos, até então regulada pelo artigo 111 do CPC/1973¹, a omissão do legislador acerca de tal possibilidade de escolha nos contratos internacionais vinha gerando uma palpitante discussão acerca da validade e da eficácia desta cláusula quando inserida validamente em negócios jurídicos².

Em primeira análise, não haveria problemas em se aplicar por analogia o artigo 111 do Código de Processo Civil de 1973 para os contratos internacionais. Digo, por analogia, pois conforme disposto, a permissão de eleição de foro vinha figurando dentro do capítulo da competência interna, tratando, pois, da efetivação de uma escolha feita nos contratos internos.

1 Art. 111 do CPC/1973: "A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações".

2 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; ÁVILA, Henrique in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (ed.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, p. 111.

Tomemos como exemplo a seguinte situação. Duas empresas, uma com agência no Rio de Janeiro e outra em Genebra celebram um acordo dispondo sobre a exportação de um determinado tipo de mercadoria para a Suíça. O contrato foi firmado pelas partes em solo suíço, onde ficou disposto que o valor a ser pago pela importação seria depositado em uma conta que a empresa brasileira possuía neste país. No contrato, as partes escolheram o foro de Belo Horizonte para a resolução de eventuais controvérsias que se fizessem presentes entre elas. Caso a empresa suíça não viesse a efetuar o pagamento pelas mercadorias que houvessem sido enviadas, a empresa brasileira poderia valer-se da jurisdição brasileira para a proposição de uma ação de cobrança desta dívida. Apesar da questão não se enquadrar no rol de competências relativas previsto no artigo 88 do CPC de 1973 - posto que o réu não é domiciliado no Brasil (art. 88, I), o Brasil não é nem o local do cumprimento da obrigação (art. 88, II), nem o local da celebração do contrato (art. 88, III) - tendo as partes escolhido por livre e espontânea vontade o foro de Belo Horizonte, poderíamos julgar a causa em solo brasileiro, valendo-nos por analogia da disposição do artigo 111 do CPC de 1973 para ampliar as hipóteses de competência da justiça brasileira.

Contudo, em alguns casos, quando a aplicação por analogia do artigo 111 do CPC de 1973 viesse a resultar na restrição de direitos da parte, tal operação não poderia ser realizada. Digamos que as mesmas empresas - uma com agência no Brasil e outra na Suíça - houvessem celebrado um acordo dispondo sobre a exportação de um determinado tipo de mercadoria do Brasil para Suíça. Neste caso, todavia, admitamos que o contrato foi firmado pelas partes em Belo Horizonte e que as partes escolheram o foro de Genebra para a resolução de eventuais controvérsias que se fizessem presentes entre elas. Caso a empresa suíça não efetuasse o pagamento pelas mercadorias que foram enviadas, a empresa brasileira poderia valer-se da jurisdição suíça para a proposição de uma ação de cobrança.

Imaginemos, sem embargo, que apesar da cláusula de eleição de foro, a empresa brasileira resolvesse postular a ação em solo brasileiro. Nessa situação, caso o juiz nacional se declarasse incompetente em respeito à escolha feita pelas partes, estaríamos diante da aplicação da analogia ao artigo 111 do CPC/1973 *in malam partem*, uma vez que o juiz estaria restringindo o acesso da parte ao poder judiciário brasileiro, parte que *a priori* dispunha desse direito conforme o disposto no artigo 88, III do CPC que garante a competência da justiça brasileira para os casos em que a ação seja fundamentada em um ato praticado no Brasil, no caso, o contrato. Assim, a omissão do legislador brasileiro acerca da possibilidade de eleição de foro nos contratos internacionais vinha gerando situações em que tal cláusula contratual não era respeitada sob

o argumento de cercear o direito à jurisdição³.

Não foi sem razão que as partes começaram a preferir a via arbitral brasileira à judicial, visando a garantia de terem as suas escolhas respeitadas frente a tal jurisdição.

Conquanto, caso a questão tivesse sido regulada por lei, certamente tal argumentação não prevaleceria. Vejamos o exemplo dos contratos internacionais que entram no escopo do Protocolo de Buenos Aires sobre a Jurisdição Internacional, ratificado pelo Brasil e promulgado por meio do Decreto 2.095 de 17/12/96. Tal diploma convencional dispõe ser válida a eleição de foro prevista nos contratos firmados entre pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas nos países do MERCOSUL. Nesse caso, diferentemente do que acontece em regra geral, entendemos que o juiz chamado a julgar a causa, não sendo o escolhido pelas partes, deveria declinar de sua competência ainda que a questão se enquadrasse em uma das hipóteses do art. 88 do CPC/1973, vinculando-se à escolha do foro feita pelas partes no momento do contrato. Não haveria, nesse caso, utilização de uma construção analógica para cercear direito de nenhuma das partes, mas o respeito à delimitação da competência feita por um tratado de conteúdo especial em relação ao nosso diploma processual civil.

Diante disso, a reforma do Código de Processo Civil vem em boa hora corrigir a omissão concernente à possibilidade de escolha do foro nos contratos internacionais ao dispor em seu artigo 22 competir “à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional” bem como, em seu artigo 25, não competir à “autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação”.

Fazendo coro com o que vinha sendo defendido pelos doutrinadores internacionalistas, o dispositivo prestigia a autonomia da vontade das partes nos contratos internacionais, afastando a jurisdição brasileira em negócios específicos, dando segurança jurídica às relações e encerrando a divergência jurisprudencial acerca da validade dessa cláusula⁴.

Finalmente, as empresas e pessoas físicas estrangeiras deixarão de ser surpreendidas com julgamentos nacionais, emitidos em casos nos quais as partes haviam por livre e espontânea vontade escolhido o foro de um país estrangeiro. O Novo Código de Processo Civil vem corrigir o descrédito atribuído ao poder judiciário brasileiro, que em função de

³ “Apesar de válida a cláusula de eleição de foro estrangeiro para a causa originada do contrato, isso, por si só, não exclui a jurisdição brasileira concorrente para o conhecimento e julgamento de ação aqui aforada.” SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RO 114-DF, Relator: Ministro Raul Araújo, Decisão de 25/06/2015). Vide também Superior Tribunal de Justiça. REsp 1168547/RJ, 4a Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Decisão de 11.05.2010, DJe 07.02.2011.

⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; ÁVILA, Henrique in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (ed.). Op. cit., p. 111.

uma legislação retrógada e pouco adequada às necessidades atuais do mundo globalizado, teve por muito tempo que aplicar institutos de um direito internacional privado deficiente.

A regra de afastamento da jurisdição brasileira é, contudo, relativa, ficando a jurisdição prorrogada se, ajuizada a ação perante o Poder Judiciário brasileiro, o réu não invocar em contestação a existência da cláusula e sua intenção de vê-la aplicada, não podendo ser aplicada de ofício.

Ao mesmo tempo, o §1º do artigo 25 do Novo Código deixa expresso que será inválida para a jurisdição brasileira a cláusula de eleição de foro que pretenda afastar da autoridade judiciária nacional o conhecimento de matérias cuja jurisdição brasileira é exclusiva, nos termos do art. 23 do referido diploma.

Já em seu §2º, o artigo 25 nos remete à aplicação do art. 63 §§1º a 4º que dispõem sobre a tutela de uma das partes contra a eventual abusividade da cláusula de eleição de foro. Segundo esse dispositivo, quando constatada a abusividade, a cláusula deverá ser declarada ineficaz pelo juiz antes mesmo da citação ou deverá, sob pena de preclusão, ser suscitada pelo réu em contestação⁵.

Por fim, percebemos os reflexos da nova redação do novo Código de Processo Civil no processo de homologação de sentença estrangeira que aponta em seu artigo 963 §3º a incompetência do juiz prolator como uma das causas que impedem a homologação das decisões de fora do país. Nesse sentido, discordamos de Mendes e Ávila (2015, p. 2142) que defendem que o fato de as partes terem eleito foro no território nacional não impediria a homologação de um provimento estrangeiro. Sob o nosso entendimento, a desconsideração por parte do juiz estrangeiro da escolha do foro brasileiro feita pelas partes no momento do contrato deveria implicar no indeferimento da homologação de tal decisão perante o nosso Superior Tribunal de Justiça, garantindo assim o respeito do princípio da autonomia da vontade das partes.

2.2. A observância das regras de litispendência internacional contidas nos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte

Para os casos em que não exista eleição de foro contratual, vale ressaltar que segundo o artigo 24 do Novo CPC, que reproduz a regra do artigo 90 do CPC/1973, *“a ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”*. Assim, conforme vem decidindo o STJ⁶, embora a litispendência não influencie

5 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; ÁVILA, Henrique in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (ed.). Op. cit., p. 111.

6 Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. SEC 4.127/EX. Rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 29.08.2012, DJe 27.09.2012).

no andamento de nenhuma ação, a superveniência da coisa julgada em uma delas provocará a extinção do processo da ação que ainda estiver em curso. A regra geral, portanto, é de prevalência da coisa julgada que se operou em primeiro lugar, seja na ação em curso no Brasil ou na homologação da sentença proferida no estrangeiro⁷.

O artigo 24 do Novo Código de Processo Civil, contudo, faz uma ressalva às disposições em contrário contidas nos tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil. Este é o caso do Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile, promulgado no Brasil por meio do Decreto 6.891 de 02/07/2009, que dispõe em seu artigo 22 o seguinte:

Quando se tratar de uma sentença ou de um laudo arbitral entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos, e que tenha o mesmo objeto de outro processo jurisdicional ou arbitral no Estado requerido, seu reconhecimento e sua exequibilidade dependerão de que a decisão não seja incompatível com outro pronunciamento anterior ou simultâneo proferido nesse processo no Estado requerido. Do mesmo modo não se reconhecerá nem se procederá à execução, quando se houver iniciado um procedimento entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, perante qualquer autoridade jurisdicional do Estado requerido, anteriormente à apresentação da demanda perante a autoridade jurisdicional que tiver pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento.

Constamos que nos casos envolvendo pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas em países do MERCOSUL, caso o autor da ação tenha postulado duas demandas idênticas contra a mesma a parte e com a mesma causa de pedir, uma no Brasil e outra, logo em seguida, por exemplo, na Argentina, ainda que a sentença faça coisa julgada primeiramente na Argentina, dependendo esta de execução no Brasil, isso não aconteceria, uma vez que tendo o juiz brasileiro conhecido primeiro da ação, o nosso Superior Tribunal de Justiça, em respeito ao tratado firmado pelo Brasil, denegaria qualquer pedido de homologação, somente havendo a possibilidade de homologação de tal sentença caso o juiz argentino tivesse conhecido da ação antes do juiz brasileiro.

Esse raciocínio, todavia, impacta somente as relações das pessoas domiciliadas nos países do MERCOSUL, nas suas relações *inter se*. Nos casos envolvendo pessoas domiciliadas em outros países, caso a sentença transite em julgado primeiro no país estrangeiro, ainda que o juiz brasileiro esteja processando demanda idêntica em solo nacional,

7 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; ÁVILA, Henrique in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (ed.). Op. cit., p. 110.

tendo ele conhecido antes ou depois da causa que o juiz estrangeiro, o processo de homologação poderá ocorrer, tendo como consequência a interrupção do curso da ação idêntica que tramita no Brasil frente a uma eventual homologação da sentença estrangeira. É o que dispõe o parágrafo único do art. 24 do Novo CPC segundo o qual “*a pendência de causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial estrangeira quando exigida para produzir efeitos no Brasil*”.

3. OS EFEITOS DA RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS NA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAL

Nas questões concernentes ao direito internacional privado propriamente dito, a norma indicativa prevista no artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que as obrigações são regidas pela lei do local onde elas foram constituídas. Diferentemente do que acontece na grande parte dos países do mundo, não se valida perante o poder judiciário brasileiro a escolha feita pelas partes da lei a ser aplicada para o julgamento de uma lide relativa à um contrato internacional.

A prática dos tribunais brasileiros surpreende diversas pessoas físicas e jurídicas estrangeiras que guardavam expectativas acerca da vinculação do juiz no momento do julgamento à lei escolhida pelas partes por ocasião da redação do contrato. Muitos autores, diante disso, advogam no sentido de fazer valer tal escolha embasados no princípio da boa fé, e inclusive em sua ampla admissão pelos usos e costumes do comércio internacional⁸ - sem, contudo, ter obtido resultados expressivos na jurisprudência pátria.

Na jurisprudência nacional tem prevalecido o entendimento de que a aplicação da regra de conexão do artigo 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro teria o condão de promover uma aplicação indireta do princípio da autonomia da vontade, uma vez que as partes, cientes de referido dispositivo, escolheriam celebrar o acordo em local cuja lei desejassem ver aplicada. Trataria-se, portanto, de uma escolha implícita, ancorada na lei nacional⁹.

A reforma da Lei de Introdução ao Código Civil parecia ser a única solução para que se respeitasse a autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável. Tal reforma já havia sido proposta por Haroldo Valadão em 1970 e reapresentada dez anos depois. É, inclusive, difícil aceitar que o Novo Código Civil tenha entrado em vigor em 2002 sem a alteração do conteúdo da sua Lei de Introdução. Talvez essa tenha

⁸ STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*, p. 110.

⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 52.

sido uma boa razão para que tivesse o seu nome alterado em 2010 para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro sem a revisão de seu conteúdo, desvinculando-a, assim, da introdução de um texto que ela não conheceu ao momento de sua redação.

Além disso, muitas expectativas rondaram a possível ratificação do Brasil à Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, firmada no México em 1994. Um dos objetivos deste tratado, ao eleger a *lex voluntatis*, era conter o *forum shopping* e consequentemente a estratégia das grandes empresas de postular a demanda no foro que lhes fosse mais atrativo em função, inclusive, da norma indicativa que vigorava em seu ordenamento jurídico.

Contudo, boa parte do dilema acerca da lei aplicável aos contratos internacionais teve seu fim com a adesão do Brasil em 4 de março de 2013 à Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (“CISG”), que entrou em vigor para o nosso país, no plano jurídico externo, em 1º de abril de 2014, tendo sido incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 8327, de 16 de outubro de 2014.

A CISG - sigla do nome em inglês Convention on International Sales of Goods - foi aprovada em 10 de abril de 1980, como resultado de uma conferência realizada na cidade de Viena para este fim, sob os auspícios da ONU. A CISG, contudo, é resultado de um processo mais longínquo de uniformização das normas relativas ao comércio internacional, desenvolvido desde o início do século passado pelo UNIDROIT (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado), pelas Conferências de Haia para o Direito Internacional Privado e, desde a sua criação, pela UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional).

A Convenção iniciou sua vigência no dia 1º de janeiro de 1988, quando então onze Estados (Argentina, China, Egito, Estados Unidos, França, Hungria, Itália, Iugoslávia, Lesoto, Síria e Zâmbia) concluíram sua ratificação. Atualmente a Convenção foi adotada por 83 Estados, estando portanto em vigor para eles a partir das respectivas datas de adesão.

Tal tratado traz em seu conteúdo regras materiais uniformes a serem aplicadas nos litígios concernentes aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Assim, ao invés de se uniformizar apenas a norma indicativa, preferiu-se uniformizar o próprio conteúdo acerca do tema da compra e venda internacional. Desta maneira, a Convenção se presta à facilitação do comércio internacional, ao promover uma concreta uniformização de sua disciplina e das expectativas das partes em relação a esses contratos¹⁰.

Logo em seu artigo 1º, a CISG determina o seu âmbito de

10 RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Guilherme Freire de Melo. “A adesão do Brasil à CISG: eficácia, uniformização e facilitação do comércio”.

aplicação dispendo que será aplicada aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes cujos estabelecimentos estejam em diferentes Estados quando (a) esses Estados forem ambos signatários da Convenção ou quando (b) as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado que seja signatário.

3.1. A Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias enquanto lei aplicável aos contratos internacionais entre partes estabelecidas em Estados signatários da Convenção

Com a adesão à CISG, os contratos de compra e venda de mercadorias celebrados pelas empresas brasileiras com empresas estabelecidas nos demais Estados partes serão regidos pelas disposições contidas nesta convenção. Como boa parte dos estabelecimentos estrangeiros que negociam com os brasileiros estão instalados em países que também ratificaram a Convenção das Nações Unidas sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias – tais como Estados Unidos, China, Rússia, Argentina, Paraguai, Uruguai e diversos países europeus – o poder judiciário brasileiro passará a aplicar o texto deste tratado com grande frequência.

É relevante destacar, contudo, que algumas espécies de contratos de compra e venda estão expressamente excluídas do âmbito de aplicação da Convenção, em função de sua finalidade, sua natureza ou tendo em vista as mercadorias objeto da transação. Assim é que o seu artigo 2º explicita: *“Essa convenção não se aplica às vendas (a) de bens comprados para uso pessoal, familiar ou doméstico, a não ser que o vendedor, a qualquer tempo antes ou no ato da conclusão do contrato, não soubesse nem pudesse saber que os bens foram adquiridos para estes usos; (b) por leilão; (c) por execução, ou de qualquer outra forma advinda da autoridade da Lei; (d) de ações, participações, investimentos, instrumentos negociáveis ou dinheiro; (e) de barcos, navios, hovercrafts ou aeronaves; (f) de eletricidade”*. De maneira complementar, o artigo 3º expressa *“Esta convenção não se aplica a contratos em que a parte preponderante da obrigação da parte que fornece os bens consista em fornecer trabalho ou outros serviços”*.

É comum que nos contratos internacionais cada uma das partes prefira que a obrigação avençada venha a ser regida pelo seu próprio direito, seja pela familiaridade que cada uma delas tem com as suas próprias leis, seja pela desconfiança em relação aos padrões legais estrangeiros¹¹. O grande problema é que, em tais situações, ao menos uma delas terá que se submeter a um direito que não é o seu próprio direito nacional.

Assim, antes da adesão do Brasil à CISG, nossos tribunais não foram

11 GREBLER, Eduardo. “A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias e o Comércio Internacional Brasileiro”, p. 96.

preservados da aplicação do direito estrangeiro em matéria contratual nas demandas em que a obrigação tivesse sido firmada no território de outro país. Mesmo diante das jurisdições arbitrais, onde é possível a escolha do direito aplicável, o direito brasileiro raramente é adotado pelas partes como a lei do contrato. Essa rejeição às leis brasileiras não ocorre sem razões. Primeiramente é preciso considerar que o Código Civil brasileiro não contém regras de direito material específicas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, valendo-se das normas redigidas para os contratos internos para reger as questões mais complexas da seara internacional. Além disso, o fato de ter sua redação em língua portuguesa, idioma pouco disseminado nas operações de comércio internacional, dificulta o seu conhecimento pelas partes estrangeiras.

Sendo assim, ao uniformizar o tratamento do comércio internacional com as empresas estabelecidas no território dos maiores parceiros comerciais do Brasil, os tribunais brasileiros gozarão de um maior conforto ao ter que aplicar com uma maior frequência o texto de uma convenção que passou a compor o nosso ordenamento jurídico interno a partir da sua promulgação em solo nacional.

Não se pode, contudo, olvidar que a interpretação da CISG deve ser feita nos termos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. Por se tratar de um texto internacional, ela deve ser interpretada de acordo com o sentido comum de suas palavras ou, nos casos em que a obscuridade persista, à luz da análise de seus trabalhos preparatórios e dos princípios que inspiraram a sua redação, mas nunca de acordo com a norma interna brasileira. Neste caso, a jurisprudência dos tribunais internos dos outros Estados partes acerca da convenção deve servir de inspiração para o poder judiciário brasileiro. Apesar de tal jurisprudência não ter efeito vinculante, ela *“exerce um papel uniformizador de interpretação e aplicação da convenção”*¹². Ao se evitar a diversidade de interpretação judiciária nacional, as partes passam a gozar de uma maior previsibilidade e segurança jurídica, podendo diminuir seus custos relacionados à interpretação contratual à luz das legislações estrangeiras e conseqüentemente eliminar as barreiras culturais da rotina de negócios.

É de se notar, adicionalmente, que a adoção da CISG pelo Brasil significa um esforço de aproximação entre as normas de Direito Internacional Privado aplicáveis aos membros do MERCOSUL. Isso pois, embora haja uma divergência entre os critérios de conexão adotados para determinar a lei aplicável aos contratos internacionais pelos países membros, a CISG concretiza um avanço na harmonização das regras

12 ARAÚJO, Nadia de. “A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais – Direito Brasileiro e Países do MERCOSUL: Considerações sobre a Necessidade de Alterações no Direito Internacional Privado Obrigacional do Bloco”.

de conexão no tocante aos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, vez que a partir de então aplicam-se os dispositivos da Convenção em todo o bloco¹³.

Interessante, também, destacar que um dos pilares da CISG é o princípio da autonomia da vontade. Segundo o seu artigo 6º as partes em um contrato de compra e venda podem de comum acordo derrogar algumas das suas disposições bem como excluir integralmente sua aplicação. Trata-se de uma faculdade das partes, que pode ser exercida a qualquer momento e não necessariamente no momento em que o contrato é firmado, podendo excluir a aplicação da convenção em momento posterior, desde que de comum acordo.

Assim, apesar do poder judiciário brasileiro não costumar aceitar a autonomia de vontade das partes no que concerne a escolha da lei aplicável prevista nos termos do contrato, nas questões relativas aos contratos de compra e venda que venham ser amparadas pela Convenção, ocorrerá o afastamento da aplicação da regra geral prevista na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Contudo, vale ressaltar que, ao decidir pela exclusão integral da aplicação da CISG, as partes voltam a se vincular aos ditames da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que dispõe que as obrigações são regidas pela lei do local de sua constituição, não podendo escolher outra legislação que não esta para reger o contrato.

3.2. A aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias quando as regras de direito internacional privado tenham indicado a aplicação da lei de um dos Estados signatários

Quando o estabelecimento da parte estrangeira esteja localizado em um Estado que não seja parte da CISG, o juiz brasileiro não aplicará a Convenção por meio do artigo 1(1)(a). Contudo, tal juiz poderá estar adstrito às normas da Convenção por força das regras internas de direito internacional privado do Estado do foro, conforme previsão contida no art. (1)(b). Diante disso, a CISG poderá vir a ser aplicada caso o elemento de conexão de tais normas indicativas levarem à aplicação da lei de um Estado parte.

Tomemos o seguinte exemplo, sabendo que a Índia ainda não é parte da CISG. Uma empresa indiana assina no Brasil um contrato com uma empresa brasileira relativo à compra e a venda de produtos têxteis em geral. Independentemente da lei escolhida entre as partes, caso uma demanda venha a ser postulada perante a autoridade judiciária brasileira, a lei que viria reger tal obrigação seria a lei brasileira, lei do

13 JACQUES, Daniela. “A adoção do Princípio da Autonomia da Vontade na Contratação Internacional pelos países do MERCOSUL”. In MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional: Estudos em Homenagem a Erick Jayme*, p. 297.

local da assinatura do contrato, conforme estabelece o artigo 9º *caput* da nossa Lei de Introdução, norma indicativa do foro brasileiro. Com a adesão à CISG, o que muda é o próprio conteúdo da lei brasileira que será aplicada, que deixa de ser as disposições sobre compra e venda do Código Civil e passa a ser o conteúdo do Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014, que incorporou o texto da convenção ao ordenamento jurídico pátrio. Além disso, nada impede que a Índia, Estado não signatário, também possa vir a concluir através das suas próprias normas de direito internacional privado pela aplicação da Convenção.

Tal método de determinação da aplicação da Convenção através de regras de direito internacional privado foi uma inovação da CISG em relação à convenção anteriormente firmada em âmbito universal - LUVI – Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Bens ou, em inglês, *ULIS - Uniform Law on the International Sale of Goods* – que impedia a utilização de tais regras para a determinação da aplicabilidade das regras da convenção. Com isso, expandiu-se a esfera geográfica de aplicação da Convenção, de modo a preencher sua função de uniformização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na contramão do processo de uniformização do direito internacional privado, o poder judiciário brasileiro vinha desconsiderando a autonomia da vontade das partes, tanto no que concerne ao foro escolhido como à lei aplicável. Conforme relatamos, em algumas situações em que as partes haviam expressamente escolhido o foro estrangeiro bem como a legislação estrangeira como adequada para resolver os conflitos decorrentes de um contrato internacional, o poder judiciário brasileiro, vinculando-se aos elementos de conexão da legislação brasileira, poderia desconsiderar o foro e a lei escolhida pelas partes sob o argumento da inafastabilidade da tutela jurisdicional, todas as vezes que o ato tivesse sido praticado no Brasil, a obrigação tivesse que ser cumprida no Brasil ou o réu tivesse domicílio no Brasil, julgando o mérito de acordo com as disposições da lei material do local onde a obrigação foi constituída.

Nesse contexto, a aprovação do texto do novo Código de Processo Civil brasileiro, bem como a ratificação da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, trouxeram importantes alterações no processamento das ações relativas aos contratos internacionais perante o judiciário brasileiro. De um lado, foi regulamentado o respeito à cláusula de eleição de foro e às demandas processadas nos países com os quais o Brasil tem tratado. Por outro, foi uniformizado o direito que regula os grandes contratos de importação e exportação brasileiros.

Diante disso, se até então as escolhas referentes ao foro e a lei

aplicável não eram necessariamente respeitadas pelo poder judiciário, frente ao novo cenário legislativo que se apresenta, o Brasil tem maiores chances de cumprir com as expectativas das empresas e pessoas privadas que negociam com os nossos nacionais.

Assim, tais modificações normativas simbolizam avanços significativos que impactam na capacidade do país de participar de modo mais intenso das relações comerciais internacionais, uma vez que o aumento de previsibilidade incentiva a confiança dos parceiros e diminui os custos de transação das operações comerciais, facilitando o comércio internacional e estimulando o desenvolvimento econômico em uma perspectiva de longo prazo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nadia de. “A Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais – Direito Brasileiro e Países do MERCOSUL: Considerações sobre a Necessidade de Alterações no Direito Internacional Privado Obrigacional do Bloco”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. 1999, vol 17, p. 225-234.

ARAÚJO, Nadia de. “Contratos Internacionais e a Jurisprudência Brasileira: Lei Aplicável, Ordem Pública e Cláusula de Eleição de Foro”. In RODAS, João Grandino (ed.). *Contratos Internacionais*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

ARAÚJO, Nádia de; SPITZ, Lidia. “O que muda com a Convenção de Viena” [online]. *Valor Econômico*. 05/12/2012. [Último acesso em 16/07/15]. Disponível em: <<http://cbar.org.br/site/blog/noticias/valor-economico-o-que-muda-com-a-convencao-de-viena>>

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010.

CASELLA, Paulo Borba. “Autonomia da vontade, arbitragem Comercial internacional e Direito Brasileiro”. TIBÚRCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto (ed). *O Direito Internacional Contemporâneo – Estudos em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado, parte geral*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

GAMA, JR., Lauro. “A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias – 1980: essa grande desconhecida”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. 2006, nº 9, p. 134-149.

GREBLER, Eduardo. “A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias e o Comércio Internacional Brasileiro”. *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. 2008, vol III, número III, p. 94-109.

HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG: A New textbook for students*

and practitioners. Sellier: European Law Publishers, 2007.

JACQUES, Daniela. “A adoção do Princípio da Autonomia da Vontade na Contratação Internacional pelos países do MERCOSUL”. MARQUES, Cláudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. *O Novo Direito Internacional: Estudos em Homenagem a Erick Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 277-306.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; ÁVILA, Henrique in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (ed.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NARDI, Marcelo de. “Eleição de Foro em Contratos Internacionais: uma Visão Brasileira”. RODAS, João Grandino (ed.). *Contratos Internacionais*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Guilherme Freire de Melo. “A adesão do Brasil à CISG: eficácia, uniformização e facilitação do comércio”. *Pontes*. 2014, vol 10, n° 3, p. 19.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo: RT, 1992.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. São Paulo: LTr, 2003.

O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DAS SUCESSÕES NO BRASIL

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LAS SUCESIONES EN BRASIL

*André de Carvalho Ramos**

Resumo: *O presente artigo analisa os dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro relativos ao Direito Internacional Privado das Sucessões no Brasil, expondo as questões controvertidas relativas à lei do domicílio como regra para a sucessão e a unidade sucessória. Nessa linha, o exame do tema abarca também a regra do tratamento preferencial aos sucessores brasileiros e a controversa redação relacionada à capacidade de suceder, além do impacto da pluralidade de jurisdições na regência da sucessão do de cujus. Ao final, examina-se a possibilidade de conciliar a regra de fixação da jurisdição cível brasileira e a escolha do direito material determinada pela LINDB.*

Resumen: *Este artículo analiza las disposiciones de la Ley de Introducción al Reglamento de la Ley de Brasil sobre Derecho Internacional Privado de Sucesión en Brasil, la exposición de las cuestiones controvertidas relativas a la ley del domicilio como regla para la sucesión y la unidad sucesoria. En este contexto, el tema del examen también incluye la regla del trato preferencial a los sucesores de Brasil y el polémico texto relacionado con la capacidad de suceder, y el impacto de la pluralidad de jurisdicciones en la regencia de la sucesión del testador. Por último, se analiza la posibilidad de conciliar el establecimiento del régimen de la jurisdicción civil brasileña y la elección de la ley sustantiva determinado por la LINDB.*

Palavras-chave: Sucessão, Direito internacional privado, Igualdade, Jurisdição internacional

Palabras clave: Sucesiones, Derecho internacional privado, Igualdad, Jurisdicción internacional

* Professor Associado do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor dos Programas de Pós-Graduação em Direito Internacional e em Direitos Humanos da mesma instituição (CAPES 6). Livre-Docente e Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E-mail: andredecavalhoramos@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Há diversos fatos transnacionais que se vinculam ao direito das sucessões, como a existência de bens sucessíveis em diversos Estados, de diferentes nacionalidades ou domicílios dos envolvidos na sucessão (*de cujus* e herdeiros) e de testamentos celebrados em país diferente daquele no qual se deu a abertura da sucessão. Todos esses fatos geram, na visão do Direito Internacional Privado, dúvidas sobre a fixação da jurisdição e a escolha da lei aplicável. Pergunta-se: em qual Estado deve ser aberto o juízo sucessório? o poder de partilha alcança todos os bens ou somente os localizados no território daquele Estado? qual a lei que rege a validade do testamento e os direitos dos herdeiros?

A proposta do presente artigo é rever a interpretação das disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro referentes à sucessão, com foco em questões controvertidas à luz da jurisprudência brasileira e também do novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016¹.

Os principais temas do Direito Internacional Privado das Sucessões no Brasil serão abordados, a saber: (i) o cisma entre a unidade e a pluralidade sucessória no Direito Internacional Privado e a opção brasileira; (ii) o alcance da lei do domicílio do falecido para reger a sucessão no Direito Internacional Privado brasileiro; (iii) o tratamento preferencial aos sucessores brasileiros; (iv) a polêmica “capacidade para suceder” prevista na lei brasileira; (v) a ameaça à unidade sucessória e a conciliação possível entre a “escolha da lei” e a “determinação da jurisdição”.

Ao final, defendo a valorização da igualdade como fórmula que leve ao retorno da unidade sucessória, atualizando-se a interpretação de todo o Direito Internacional Privado das Sucessões.

2. ENTRE A UNIDADE E A FRAGMENTAÇÃO: O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DAS SUCESSÕES

O direito das sucessões consiste no conjunto de normas que rege a eventual transferência de posições jurídicas ocasionada pela morte da pessoa física titular. Transfere-se o patrimônio do morto (também chamado de *de cujus*²) ou ausente à outra pessoa, denominada herdeiro, por previsão legal ou ato de última vontade.

Na perspectiva dos direitos humanos no Direito Internacional

¹ Comentei todos os artigos referentes ao Direito Internacional Privado da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (arts. 7º a 19) em obra própria. No caso da temática das sucessões, ver RAMOS, André de Carvalho. “Artigo 10” in CARVALHO RAMOS, André de e GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

² A expressão “de cujus” é fruto do uso do brocardo latino “de cujus successione agitur”, que pode ser traduzido como sendo “aquele de cuja sucessão se trata”.

Privado (DIPr) a Constituição brasileira reconhece o *direito individual à herança*, que consiste na transmissão de bens de pessoa natural falecida ou declarada judicialmente ausente para os chamados herdeiros, escolhidos pela lei (herdeiro necessário) ou pelo titular dos bens em ato de última vontade (herdeiro testamentário). A abertura da sucessão se dá pela morte da pessoa natural ou pela sua ausência³.

No que tange à sucessão que possa envolver dois ou mais ordenamentos jurídicos, há correntes legislativas no Direito Comparado que merecem destaque: (i) a corrente pessoal ou subjetiva, que valoriza o *estatuto pessoal* como critério para determinação da lei regulatória da sucessão; (ii) a corrente material ou objetiva, que valoriza a *situação do patrimônio e os tipos de bens* a serem transferidos (imóveis ou móveis) como critério para determinação da lei regulatória da sucessão⁴.

De acordo com a corrente subjetiva, a lei da nacionalidade ou do domicílio do *de cuius* em geral regula a ordem de sucessão, bem como os limites do direito de testar e livremente dispor dos bens em seu ato de última vontade. Já de acordo com a corrente objetiva, a lei do lugar da situação do bem imóvel regula a sucessão, com exceção das coisas móveis, também regidas pela lei do domicílio do *de cuius*. De acordo com o brocardo dos primeiros estudiosos de DIPr, como Baldo, "*mobilia persona sequuntur; immobilia vero territorium*"⁵.

No Direito Internacional Privado, as consequências da adoção das correntes subjetiva ou objetiva na temática sucessória dizem respeito à *unidade* ou a *pluralidade* da sucessão.

A opção pela corrente subjetiva impõe uma única lei que regerá o fenômeno sucessório, dando-lhe unidade. Assim, quer se utilize a lei da nacionalidade ou a lei do domicílio do *de cuius*, a sucessão será tratada de modo único pela lei escolhida, não importando se os bens estejam espalhados em diversos Estados.

Por sua vez, a corrente objetiva impõe o uso de leis distintas para reger a sucessão, caso o patrimônio do *de cuius* esteja espalhado em

3 No Brasil, reconhece-se o estado de ausência a quem desaparece do seu domicílio sem dele haver notícia, sem representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, cabendo ao juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarar sua ausência, e nomear curador. Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão. Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, poderão os interessados requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas. Se, nos dez anos a que se refere este artigo, o ausente não regressar, e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio (i) do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, (ii) da União, quando situados em território federal (arts. 22, 26 e 37 do Código Civil).

4 LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à lei de introdução ao Código Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, vol II, p. 259.

5 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, vol II, p. 209.

diversos territórios. Fragmenta-se a sucessão, restando mais dificultosa a tarefa de se obter a igualdade entre os herdeiros, diante da incidência de regras diversas sobre a divisão do espólio.

Na fase iniciadora do DIPr, dita fase estatutária, ficou célebre a “Questão Inglesa”, estudada por Bártolo de Sassoferrato, envolvendo a sucessão de inglês com bens na Inglaterra e na Itália. Na Inglaterra, a lei estipulava que a herança era toda do primogênito; na Itália, havia a regra de partilha entre os filhos. A solução, após o estudo dos vocábulos do estatuto (para aferir se se tratava de um “estatuto pessoal” ou “estatuto real”), foi a desconsideração da unidade da sucessão, tendo o primogênito herdado os bens na Inglaterra, mas partilhado os bens na Itália com seus irmãos. Bartolo considerou a exclusão dos demais irmãos um estatuto odioso, motivo pelo qual *não* poderia ter alcance extraterritorial, mesmo se fosse considerado um estatuto pessoal⁶.

Na fase da estabilização conflitual do DIPr, a unicidade da sucessão foi defendida por Savigny, Story e Mancini, dada a sua vantagem de respeitar a essência da sucessão, que é a transferência (por última vontade ou disposição legal) de todo patrimônio ao sucessor⁷.

Houve clara fidelidade de Savigny ao direito romano, devendo haver *universalidade sucessória* (*universum jus defuncti*) uma vez que o patrimônio deixado pelo *de cuius*, tal qual estipulavam os romanos, constitui-se em um todo único. Para Savigny, o melhor sistema de DIPr na esfera sucessória era a escolha da lei do domicílio do *de cuius* para reger toda a sucessão, não importando a localização ou distinção de bens⁸. Claro que é possível ainda o uso da *lei da nacionalidade do de cuius* ou até mesmo a *lei do local do falecimento*, no sistema da unidade ou universalidade da sucessão. Valladão atribui ao Código Civil italiano de 1865 o posto de primeiro a consagrar o princípio da unidade e da universalidade da sucessão sob uma única lei, no caso a lei da nacionalidade do defunto⁹, sob a influência do princípio da nacionalidade de Mancini.

6 Utilizei a tradução para o inglês de Beale. BEALE, Joseph Henry (trad.). *Bartolus on the conflict of law*. Cambridge: Harvard University Press, 1914. A questão inglesa encontra-se nas p. 44-47. Também foi consultada, devido às críticas à tradução de Beale, a tradução de Clarence Smith. CLARENCE SMITH, J.A. “Bartolo on the Conflict of Laws”. *The American Journal of Legal History*. 1970, vol 14, n° 3, p. 174-183 e também p. 247-275. Para Amílcar de Castro, o estudo feito por Bártolo das palavras do estatuto como forma de decisão seria impreciso e confuso. CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed., rev. e atual. por Osiris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 145.

7 RAMOS, André de Carvalho. “Evolução Histórica do Direito Internacional Privado e a Consagração do Conflitualismo”. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, p. 423-446, 2015.

8 Para Savigny, o uso do local da situação dos bens para a escolha da lei sucessória é “expediente de todo arbitrário”, pois o patrimônio a ser herdado é uma universalidade, composto de bens, créditos e dívidas. Ver SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano atual*, Tradução de Ciro Mioranga (edição original de 1849). Ijuí: Unijuí, 2004, vol VIII, § 375, p. 240-241.

9 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, vol II, p. 211.

Contudo, o sistema prevalecente nas legislações locais de DIPr foi o da pluralidade sucessória, ao melhor sabor do período estatutário, como se vê nas regras francesas, espanholas e de vários países da América Latina¹⁰.

No Brasil, a corrente subjetiva foi adotada, inicialmente, na antiga introdução ao Código Civil de 1916, estabelecendo seu art. 14 que “a sucessão legítima ou testamentária, a ordem da vocação hereditária, os direitos dos herdeiros e a validade intrínseca das disposições do testamento, qualquer que seja a natureza dos bens e o país onde se achem, guardado o disposto neste Código acerca das heranças vagas abertas no Brasil, obedecerão à *lei nacional do falecido*”. Claro que, inicialmente, o critério para impor a unidade sucessória da antiga LICC/16 foi o da lei da nacionalidade do *de cuius* uma vez que era a regra de conexão (*lex patriae*) adotada para a regência do estatuto pessoal.

Com a edição da Lei de Introdução ao Código Civil em 1942 (LICC/42), não houve alteração substancial da matéria, a foi tratada no art. 10, *caput* da LICC/42, em redação mais enxuta: “A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.”

O termo “sucessão” do art. 10 abrange todos os institutos da sucessão testamentária e não testamentária¹¹. Esse dispositivo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (nova denominação da LICC/42 dada pela Lei 12.376/00) abrange todos os bens (móveis ou imóveis; corpóreos ou imateriais), bem como qualquer tipo de sucessão, importando tão somente a determinação do domicílio do *de cuius* ou ausente: se domiciliado no Brasil, será utilizada a lei brasileira; caso seja seu domicílio no exterior, a lei estrangeira.

Assim, a lei do domicílio do *de cuius* em vigor na data do óbito (abertura da herança¹²) deve reger a sucessão e, em especial, a ordem de vocação hereditária ou sucessória, o direito dos herdeiros e as demais disposições sucessórias. Isso implicou na adoção da unidade sucessória no Brasil, pois uma única lei deve reger a sucessão (a lei do domicílio do *de cuius*), não importando a natureza ou localização dos bens.

10 *Ibid.*, p. 209.

11 TENÓRIO, Oscar. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1955, p. 346. Na mesma linha, Lopes defendeu que “impossível admitir outra exegese que não esta: o termo sucessão deve ser entendido na sua acepção mais lata, abrangendo a sucessão legítima e a testamentária.” LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. cit.*, p. 334.

12 Posição consolidada no STF: “(...) 2. A sucessão regula-se por lei vigente à data de sua abertura (...). Precedente: RE nº 163.167/SC, Primeira Turma, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 8/9/95” (AR 1811, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2014, Acórdão Eletrônico DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)”. Conferir o teor da LINDB em RAMOS, André de Carvalho e GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

3. O ALCANCE DA LEI DO DOMICÍLIO PARA REGER A SUCESSÃO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO

O alcance da lei do domicílio do *de cuius* para reger a sucessão é amplo, regulando a sucessão legítima ou testamentária em todos seus aspectos, a saber: (i) a definição da condição de herdeiro e a ordem da vocação hereditária, incluindo a substituição de pessoa sucessível; (ii) os direitos dos herdeiros e legatários; (iii) a validade intrínseca das disposições do testamento (a substância das disposições testamentárias e os seus efeitos) e os limites à liberdade de testar; (iv) a identificação e limite da cota de cada herdeiro necessário; (v) as hipóteses de deserdação e indignidade; (vi) as hipóteses de colação dos bens; e (vii) o modo de partilha dos bens e dívidas.

Entretanto, o direito ou liberdade de testar é instituto relativo ao *estatuto pessoal*, pois refere-se justamente aos direitos da personalidade. Logo, obedece, no caso brasileiro, à lei do domicílio do testador, no momento da elaboração do testamento, conforme o disposto no art. 7º da LINDB. Eventual mudança de domicílio não leva a utilização da lei nova (lei do novo domicílio) para avaliar a validade ou invalidade do testamento anterior. Conforme defende Strenger, “a lei domiciliar contemporânea ao ato é, ao que parece, a que deve ser consagrada”¹³.

No caso da validade extrínseca do testamento (verificação se não houve nulidade ou falsidade), a lei de regência é a lei do local da realização do ato, como regra geral dos negócios jurídicos (*locus regit actum*), conforme defendo em livro comentando o art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, utilizado analogicamente como regra geral do uso das peculiaridades da lei estrangeira para aferir sua validade extrínseca¹⁴. O “*locus regit actum*” pode ser, ainda, considerado verdadeira norma consuetudinária de Direito Internacional Privado, fruto da boa-fé e da igualdade, tendo sido reconhecido na literalidade do art. 11 da antiga LICC de 1916: “A forma extrínseca dos atos, públicos ou particulares, reger-se-á segundo a lei do lugar em que se praticarem”¹⁵.

Na jurisprudência brasileira, o caso da cantora lírica *Gabriella Lage* ficou célebre, pois reproduziu dúvida clássica no DIPr sobre a validade de testamento hológrafo (particular). A controvérsia girou em torno do fato de Gabriella ter falecido em Roma, em 1962, onde se

13 STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed. São Paulo: Ltr, 2000, p. 743. Grifo meu.

14 RAMOS, André de Carvalho. “Artigo 9” in CARVALHO RAMOS, André de Carvalho e GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

15 Na mesma linha do uso do art. 9,§ 1º para justificar o “*locus regit actum*” ver LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Op. cit.*, p. 336. ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro - comentada na ordem dos seus artigos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, n. 284, p. 68.

achava domiciliada, quando na Itália (tal qual ocorria em outros países, como Alemanha e França), não se exigia testemunha para a validade do testamento particular. Ocorre que a lei brasileira prevê a presença de testemunhas para a sua leitura e assinatura como requisito essencial para a validade do testamento particular (art. 1645 do antigo Código Civil de 1916 e art. 1876 do atual Código Civil de 2002). Analisando o caso, decidiu o Supremo Tribunal Federal que as formalidades na celebração de um testamento são regidas pela lei do local da lavratura (*locus regit actum*), tendo considerado válido o testamento de Gabriella Lage, feito de acordo com a lei italiana¹⁶.

No tocante à substância do ato (validade intrínseca), como já visto, utiliza-se a lei do domicílio do *de cuius*. Tema importante na jurisprudência diz respeito ao *testamento conjuntivo ou de mão comum*, proibido no Brasil, mas aceito em vários países. Para o Direito Civil brasileiro, o testamento é fruto da liberdade individual de testar, não podendo ser feito em conjunto. Por isso, o domiciliado no Brasil não pode realizar testamento conjuntivo no exterior, pois o tema diz respeito à capacidade de testar, sendo regido pela lei do domicílio do testador (no exemplo, a lei brasileira).

Por sua vez, nada impede que eventual cláusula testamentária válida de acordo com a lei do domicílio do *de cuius* seja considerada inválida no Brasil, por ofensa à ordem pública (art. 17 da LINDB), como, por exemplo, eventual discriminação odiosa à filha (ofensiva à igualdade prevista no art. 227, § 6º no art. 5º, caput da CF/88).

Finalmente, ponto importante para a temática é a modificação posterior do domicílio do testador, cuja solução para o conflito temporal é a aplicação da lei do domicílio válida à época da realização do testamento, pouco importando a posterior modificação do domicílio (mudança da *lex domicilii*).

4. O TRATAMENTO PREFERENCIAL AOS SUCESSORES BRASILEIROS

Há uma importante exceção ao uso da “lei do domicílio do *de cuius*”, que revela um oculto aspecto nacionalista do Direito Internacional Privado das sucessões no Brasil: o tratamento preferencial aos sucessores

16 STF, Recurso Extraordinário nº 68.157 / GB - Relator: Min. Luiz Gallotti, julgamento de 18/04/1972, DJ 26-05-1972, pp 03333. A ementa foi assim vertida: “Testamento particular feito na Itália, sem testemunhas. Sua exequibilidade no Brasil. Tanto o art. 10 da nossa lei de introdução como o art.23 da italiana dizem respeito a lei reguladora da sucessão. E aqui não se discute sobre a lei reguladora da sucessão mas sobre formalidades do testamento. Da forma do testamento cuida, não o citado art.23, mas o art. 26. Devolução. A esta e infensa a atual lei de introdução (art.16). A lei italiana e a lei brasileira admitem o testamento ológrafo ou particular, divergindo apenas no tocante as respectivas formalidades, matéria em que, indubitavelmente, se aplica o princípio *locus regit actum*. Recurso Extraordinário conhecidos, mas não providos.”

brasileiros (cônjuge ou filhos) dado na hipótese de falecimento de estrangeiros com bens situados no território brasileiro.

Esse tratamento preferencial tem amparo constitucional, uma vez que, no seu art. 5º, XXXI, a Constituição Federal estipula regra unilateral de Direito Internacional Privado, que só pode ser aplicada para beneficiar brasileiros: a sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*¹⁷.

A origem desse *dispositivo preferencial a brasileiros* está na prática imperial constante de textos de convenções consulares, que, por sua vez, espelhavam disposições locais das legislações de Portugal, Itália, França, entre outros¹⁸.

A previsão é tradição do DIPr do Brasil, tendo constado de vários textos constitucionais, como a Constituição de 1934 (art. 134), a Constituição de 1937 (art. 152), a Constituição de 1946 (art. 165), a Constituição de 1967 (art. 150) e a Constituição de 1969 (art. 153, § 33)¹⁹. A introdução ao Código Civil de 1916 também adotava essa regra de forma mitigada, no seu art. 14, que dispunha “a sucessão legítima ou testamentária, a ordem da vocação hereditária, os direitos dos herdeiros e a validade intrínseca das disposições do testamento, qualquer que seja a natureza dos bens e o país onde se achem, guardado o disposto neste Código acerca das heranças vagas abertas no Brasil, obedecerão á lei nacional do falecido; se este, porém, era *casado com brasileira, ou tiver deixado filhos brasileiros, ficarão sujeitos à lei brasileira*”.

A redação atual da regra constitucional foi influência da idêntica redação do art. 153, § 33 da Emenda Constitucional nº 01 de 1969, que dispunha que “a sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a *lei pessoal do de cuius*”. Ressalta-se que a redação de hoje é clara em estabelecer o tratamento preferencial aos sucessores brasileiros, admitindo, inclusive o uso da lei estrangeira se esta beneficiar mais os brasileiros que a lei nacional.

17 In verbis: “Art. 5º, XXXI – a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do “de cuius”;

18 VALLADÃO, Haroldo. Op. cit., p. 222.

19 A Constituição de 1934 foi a primeira a constitucionalizar esse tratamento preferencial, ao dispor, em seu artigo 134, que “a vocação para suceder em bens de estrangeiros existente no Brasil será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos seus filhos, sempre que não lhes seja mais favorável o estatuto do de cuius”. Essa redação foi mantida na Constituição de 1937 (art. 152), Constituição de 1946 (art. 165), sendo alterada na Constituição de 1967, que dispôs que “a sucessão de bens de estrangeiros, situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do de cuius”. Ao invés de mencionar a “vocação para suceder”, a Constituição de 1967 tratou genericamente da “sucessão de bens”, e ainda fez menção a “lei nacional”, ao invés do “estatuto do de cuius”.

O fundamento do dispositivo atual é a proteção da família brasileira, evitando que a sucessão de bens lhe seja prejudicial, o que afetaria a sua qualidade de vida e sustento. Nota-se que a *nacionalidade* como fator de diferenciação foi mantida mesmo com a mudança da regra de regência do estatuto pessoal (da lei da nacionalidade para a lei do domicílio), deixando sem maior proteção os estrangeiros domiciliados no Brasil. Quanto aos *brasileiros domiciliados no estrangeiro*, o STF já admitiu a aplicação analógica (“força de compreensão”, no dizer do acórdão) desse tratamento preferencial a brasileiros para incidir também na sucessão de brasileiro domiciliado no exterior (e não *sucessão de estrangeiro*)²⁰.

Em síntese, para a configuração do tratamento preferencial exige-se: *i*) sucessão de estrangeiro; *ii*) bens situados no Brasil (não atingindo os bens situados no exterior); *iii*) existência de cônjuge ou filhos brasileiros e *iv*) uso da lei mais favorável aos brasileiros, seja a lei brasileira ou ainda a “lei pessoal” do falecido, que pode ser a sua lei da nacionalidade ou ainda a *lei do seu domicílio*.

Assim, no caso de sucessão de bens de estrangeiros, mesmo se o falecido tiver domicílio em outro país, a lei utilizada será a brasileira no que tange aos bens situados no Brasil, desde que tal aplicação beneficie o cônjuge ou filhos brasileiros.

5. A CAPACIDADE PARA SUCEDER

De acordo com o *caput* do art. 10 da LINDB, a sucessão obedece à lei do domicílio do de cujus, mas o parágrafo 2º do mesmo artigo prevê que a lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a “capacidade para suceder”, em uma inovação feita pela antiga Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 e mantida no DIPr brasileiro até hoje. Para Valladão, a *capacidade para suceder* consiste na “capacidade de fato, de o herdeiro praticar atos jurídicos, de receber”, que se submete à lei do seu domicílio. Em outra passagem, Valladão é explícito, defendendo que “só a capacidade para receber, de facto, é que fica para a lei pessoal do herdeiro”²¹.

A doutrina brasileira majoritária seguiu esse rumo: Espínola,²²

20 Supremo Tribunal Federal, Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 59.871 EDv / RS - Relator: Min. Eloy da Rocha, julgamento: 26/05/1971. De acordo com a ementa: “Vocação para suceder, vigente a constituição de 1946, em bens situados no Brasil, pertencentes no Brasil, pertencentes a brasileiro domiciliado no estrangeiro. Incidência da lei sucessória brasileira, em benefício de filha adotiva brasileira, igualmente domiciliada em outro país. Aplicação, por força de compreensão, do art. 165 daquela Constituição. Embargos de divergência conhecidos e recebidos”. Grifo meu.

21 VALLADÃO, Haroldo. Op. cit., p. 216.

22 ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Op. cit., p. 19. In verbis: “Entendemos que a nova Lei de Introdução, quando declara, no art. 10§ 2º, que a lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder - considera, não as condições de que depende a situação de herdeiro em relação a uma determinada herança, não a capacidade para ter o direito de sucessor; mas a aptidão para exercer o direito de sucessor reconhecido pela lei competente.”

Tenório²³, Lopes²⁴, Batalha²⁵, entre outros, também defenderam o uso da lei do domicílio do de cujus (art. 10, caput da LINDB) para reger a sucessão e, em especial, a definição da condição de herdeiro, a ordem de sucessão e a divisão dos quinhões hereditários, restando à *lei do domicílio do herdeiro* (art. 10, § 2º da LINDB) tão somente a regência das questões referentes à capacidade de gozo ou de fato do herdeiro para praticar os atos jurídicos relativos ao recebimento (ou renúncia) da herança.

Por sua vez, Amilcar de Castro criticou duramente a expressão “capacidade para suceder”, uma vez que a interpretação restrita do dispositivo - capacidade de exercício e não a qualidade de herdeiro -, levaria à sua inutilidade, pois estaria já no alcance do art. 7º da LINDB (a capacidade é parte do estatuto pessoal - lei do domicílio)²⁶.

Em que pese a polêmica, é possível interpretação que concilie o art. 10, caput, com seu próprio parágrafo 2º. A *capacidade para suceder* não se confunde com a ordem de vocação hereditária, sendo-lhe posterior. Aberta a herança, pelo falecimento do *de cujus*, verifica-se a distribuição das pessoas sucessíveis nas classes para a obtenção da herança, de acordo com a lei do domicílio do *de cujus*. Constatada a qualidade de herdeiro pelo uso da lei do domicílio do de cujus, utiliza-se a lei do domicílio do citado herdeiro para que se verifique como este pode exercer o direito de herdar. Não se usa a lei do domicílio do herdeiro para se aferir o direito de herdar, pois isso já foi definido *anteriormente* pela lei do domicílio do *de cujus*.

No caso da *capacidade para suceder*, serão discutidas questões sobre sua capacidade para receber ou renunciar a herança, o que, no Brasil, restringe-se à aferição da sua capacidade jurídica (nascimento com vida), com a expressa proteção dos direitos do nascituro e sua capacidade de fato de manifestar por si só sua vontade de receber a herança ou a ela renunciar.

Nessa linha, caminha tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça. No *Caso Swirski*, decidiu o STF que a capacidade para suceder é o conjunto de requisitos para poder herdar, que se leva em consideração *depois* de situar alguém dentro de uma ordem de vocação hereditária, em matéria de sucessão legítima, ou, no caso de sucessão testamentária, se o interessado foi considerado pelo testamento como herdeiro. Assim, a capacidade para suceder *não* envolve a determinação do *status* de herdeiro e o respectivo quinhão, que devem ser aferidos pela lei do domicílio do *de cujus*²⁷.

23 TENÓRIO, Oscar. Op. cit., p. 360.

24 LOPES, Miguel Maria de Serpa. Op. cit., p. 372.

25 BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Internacional Privado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1977, vol II, p. 314.

26 Em conclusão, Castro defende que caberia à jurisprudência “consertar a lei”. CASTRO, Amilcar. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. atualizada com notas de rodapé por Osiris Rocha, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 457-458.

27 STF, Recurso Extraordinário nº 79.613 / RJ. Relator: Min. Thompson Flores. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Xavier De Albuquerque. Julgamento: 25/02/1976. Ementa: “Ação anulatória

No *Caso Escudero*, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a sucessão hereditária e suas cotas (quem é herdeiro? qual seu quinhão?) devem ser reguladas pela lei do domicílio do *de cuius*. Tratava-se de sucessão de espanhol domiciliado no Brasil, cuja filha adotiva, domiciliada na Espanha, havia sido adotada por intermédio de instituto de adoção simples, que, à época (1987), na Espanha, não permitia sua inclusão no rol de herdeiros necessários. Foi feito testamento, que apenas outorgou legado à filha adotiva, deixando o grosso da herança à Fundação criada pelo próprio interessado. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo fez, equivocadamente, incidir o art. 10, §2º e aplicou a lei espanhola (lei do domicílio da presumida herdeira) para justamente excluir a filha da herança. O STJ reverteu a decisão, salientando que o direito à sucessão é regido pela lei do domicílio do *de cuius*, ou seja, no caso, a lei brasileira (o Sr. Escudero era domiciliado no Brasil), que não permitia a exclusão da filha adotiva²⁸.

Por isso, a interpretação da expressão ambígua “capacidade para suceder” deve ser restrita à capacidade de direito e de fato do herdeiro de praticar atos para receber a herança, que segue seu a lei do seu domicílio. Já a fixação da condição de herdeiro, o direito a suceder e a ordem sucessória obedecem a lei do domicílio do *de cuius*.

Essa diferença entre a regência da sucessão (e da ordem sucessória) e a capacidade para suceder também se encontra no Código Bustamante: o art. 152 estabelece que a capacidade para suceder obedece a lei pessoal do herdeiro e o art. 144²⁹ prevê que a lei pessoal do *de cuius* é que regula as sucessões, inclusive a ordem sucessória.

de adoção. Legitimidade ad causam. São institutos diversos a capacidade para suceder e a vocação hereditária, pelo que a disposição do par. 2, do art. 10 da lei de introdução ao código civil, limitada que e a capacidade para suceder, *não envolve a vocação hereditária*. Recurso extraordinário não conhecido”. Grifo meu.

28 STJ, REsp 61.434/SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Data do Julgamento: 17/06/1997. Data da Publicação/Fonte: DJ 08/09/1997, p. 42507. Ementa: “Direito internacional privado. Art. 10, parag. 2., do código civil. Condição de herdeiro. Capacidade de suceder. Lei aplicável. Capacidade para suceder não se confunde com qualidade de herdeiro. Esta tem a ver com a ordem da vocação hereditária que consiste no Fato de pertencer a pessoa que se apresenta como herdeiro à uma das categorias que, de um modo geral, são chamadas pela lei a Sucessão, por isso haverá de ser aferida pela mesma lei competente Para reger a sucessão do morto que, no Brasil, “obedece a lei do País em que era domiciliado o defunto.” (art. 10, caput, da LICC). Resolvida a questão prejudicial de que determinada pessoa, segundo o domicílio que tinha o *de cuius*, e herdeira, cabe examinar se a Pessoa indicada e capaz ou incapaz para receber a herança, Solução que e fornecida pela lei do domicílio do herdeiro (art. 10, § 2º, da LICC). Recurso conhecido e provido”.

29 Art. 144. “As sucessões legítimas e as testamentárias, inclusive a ordem de sucessão, a quota dos direitos sucessórios e a validade intrínseca das disposições, reger-se-ão, salvo as exceções adiante estabelecidas, pela lei pessoal do *de cuius*, qualquer que seja a natureza dos bens e o lugar em que se encontrem. Art. 152. A capacidade para suceder por testamento ou sem elle regula-se pela lei pessoal do herdeiro ou legatário”.

6. A AMEAÇA À UNIDADE SUCESSÓRIA: A PLURALIDADE DAS JURISDIÇÕES

A unidade sucessória aceita pelo DIPr brasileiro (com a exceção do “tratamento preferencial a brasileiros”, já visto) convive com a constelação de jurisdições estatais, cada qual com potencial de conhecer ações judiciais referentes a transmissão por sucessão de bens situados no seu respectivo território. No Brasil, há inclusive a determinação legal de exclusividade da jurisdição brasileira em matéria de bens situados no Brasil. Assim, nenhuma sentença estrangeira será reconhecida e executada no Brasil, caso decida sobre inventário e partilha desses bens.

Nessa linha, o antigo Código de Processo Civil (CPC) brasileiro (Lei 5.869/73), em seu artigo 89, II, dispunha que “compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: (...) II - proceder a inventário e partilha de bens, *situados no Brasil*, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.” O novo CPC (Lei 13.105, de 16 de março de 2015) também possui regra similar³⁰. Assim, há o monopólio *processual* da Justiça nacional para julgar inventário de bens situados no Brasil, mesmo que tenha que aplicar a lei estrangeira, do domicílio do *de cuius*, para reger a sucessão³¹.

O monopólio jurisdicional nacional sobre a sucessão de bens localizados no território estatal é fruto da soberania, revelando uma opção que não é, em abstrato, ilegítima ou ofensiva aos direitos dos envolvidos na questão sucessória. Trata-se, na essência, da desconfiança de um Estado sobre as demais jurisdições, o que poderia ser eliminado por intermédio de tratados no bojo da cooperação jurídica internacional³².

A opção brasileira, obviamente, implica no ônus do interessado em instaurar ação de inventário no Brasil, mesmo que a maior parte dos bens a inventariar esteja no exterior. Não deveria existir qualquer impacto na aplicação da lei sobre a sucessão: o juízo sucessório será

30 Novo CPC, Art. 23. “Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II – em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional; III – em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional”.

31 O STF e o STJ (após a EC 45/04) aceitam a homologação de sentença estrangeira que partilhou bens situados no Brasil, desde que o juízo estrangeiro tenha dada a mesma solução que seria adotada pelo juízo brasileiro. Nesse sentido, no STF, ver SEC nº 4.512/SI -Suíça, Tribunal Peno, Relator Ministro Paulo Brossard, DJ de 2/12/1994. No STJ, ver SEC nº 878 / PT, Relator Ministro Menezes Direito, Data do Julgamento: 18/05/2005, Data da Publicação/ Fonte: DJ 27/06/2005 p. 203. Sobre as inovações no Brasil sobre a homologação de sentença estrangeira, conferir TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 191-210.

32 Sobre a cooperação jurídica internacional e o paradigma da confiança entre os Estados, ver ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

brasileiro, mas o critério de determinação da lei pode gerar o uso da lei estrangeira, caso o falecido tenha sido domiciliado no exterior.

Contudo, resta a dúvida sobre o juízo da ação de inventário no Brasil ter jurisdição para decidir também sobre os bens situados no exterior, ou, ao menos, ser obrigado a levar em consideração a partilha desses bens, para assegurar eventual igualdade entre os herdeiros fixada pela lei reguladora da sucessão.

Quanto ao alcance da jurisdição brasileira sobre a totalidade dos bens do falecido (e não somente sobre os bens situados no território nacional), foi reconhecido em vários precedentes judiciais brasileiros (que veremos a seguir) que a regra de fixação de jurisdição internacional cível absoluta brasileira, *a contrario sensu*, não permite que o juízo brasileiro venha a proceder inventário sobre bens do *de cuius* no exterior. Consequentemente, quanto a consideração sobre os bens no exterior para fazer valer o comando de igualdade dos quinhões herdados fixado na lei sucessória, o Supremo Tribunal Federal brasileiro deu outra interpretação ao monopólio jurisdicional do Judiciário brasileiro (que não trata da lei aplicável), dispondo que *não* podem ser computados na cota hereditária a ser partilhada, os bens existentes no exterior. Mesmo que a lei sucessória estabeleça a igualdade de quinhões, tal igualdade só será exigida no tocante aos bens situados no Brasil, rompendo-se a “unidade sucessória” estabelecida no art. 10 da LINDB.

Resignado, Valladão reconheceu que “o princípio de um critério único e universal para a sucessão, ‘qualquer que seja a natureza e a situação dos bens’ [redação do art. 10 da LINDB], é *facia que não corta*, também no Brasil”³³.

O *leading case* sobre o tema foi o *Caso Albernoz Serralta*, no qual o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que, a despeito da pluralidade jurisdicional (um inventário no Brasil e outro no Uruguai), era indispensável manter a unidade (ou universalidade) sucessória, exigindo que fossem computados, no quinhão do inventário brasileiro, os bens no Uruguai, mantendo-se a igualdade entre os herdeiros prevista na lei material. Contudo, para o STF, ao assim proceder, o TJ/RS estendeu equivocadamente a jurisdição internacional cível brasileira para abarcar bens situados fora do país (no Uruguai) e, ainda, estabeleceu uma universalidade sucessória difícil de ser implementada, caso não houvesse a sua aceitação pela autoridade uruguaia³⁴.

De acordo com essa visão jurisprudencial, a universalidade

33 Grifo meu. VALLADÃO, Haroldo. Op. cit., p. 217.

34 Ementa do Recurso Extraordinário nº 99.230 - RS, Rel. Ministro Rafael Mayer, DJ 29-06-1984, pp. 10751. “Partilha de bens. Bens situados no estrangeiro. Pluralidade dos juízos sucessórios. Artigo 89, II do CPC. Partilhados os bens deixados em herança no estrangeiro, segundo a lei sucessória da situação, descabe à Justiça Brasileira computá-los na quota hereditária a ser partilhada, no País, em detrimento do princípio da pluralidade dos juízos sucessórios, consagrada pelo art. 89, II do CPC. “

sucessória é um “dogma” que ficou superado pela pluralidade de juízos sucessórios. O CPC brasileiro, ao permitir a pluralidade processual, teria fragmentado a sucessão, gerando a adoção de um sistema misto, no qual a unidade sucessória só abarca os bens localizados no Brasil, não podendo incluir aqueles bens situados fora do território nacional. Possibilita-se, obviamente, a *violação* da igualdade entre os herdeiros, no caso do natural (e previsível) desequilíbrio de valores dos bens situados nos diversos países envolvidos.

Há precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) adotando, também, a *pluralidade sucessória*, de modo que os bens situados no exterior não serão trazidos à colação no inventário em processamento no Brasil. Ou seja, não será possível realizar a compensação na partilha, sendo desconstruído o tratamento único e igualitário que a literalidade do art. 10 da LINDB almejava. No *Caso Jânio Quadros*, decidiu o STJ que “se o ordenamento pátrio impede ao juízo sucessório estrangeiro de cuidar de bens aqui situados, móveis ou imóveis, em sucessão *mortis causa*, em contrário senso, em tal hipótese, o juízo sucessório brasileiro *não* pode cuidar de bens sítos no exterior, ainda que passível a decisão brasileira de plena efetividade lá”. Em conclusão, o STJ vetou o envio de carta rogatória à Suíça, para que se localizasse depósitos em contas correntes do *de cujus* naquele país, a serem trazidas à colação no inventário nacional³⁵. No mesmo sentido, decidiu o STJ que “o juízo do inventário e partilha não deve, no Brasil, cogitar de imóveis sítos no estrangeiro. Aplicação do art. 89, inc. II, do CPC” (*Caso Almeida Prado*)³⁶.

Em 2015, houve mais um precedente do Superior Tribunal de Justiça (*Caso Susemihl*) fulminando a unidade sucessória da LINDB, em caso no qual os herdeiros prejudicados ingressaram com ação de sonegados, requerendo que imóvel situado na Alemanha fosse avaliado e seu valor descontado da cota-parte de outro herdeiro que lá havia obtido todo o bem. Esse precedente é importante porque houve expressa consagração da *relatividade* do art. 10, *caput*, da LINDB (“lei do domicílio do *de cujus*” para regular a sucessão), que não teria caráter absoluto, aceitando-se que a existência de bem situado no exterior afeta indiretamente a lei de *regência* da sucessão. Para o STJ, “(...) o art. 10, *caput*, da LINDB deve ser analisado e interpretado sistematicamente, em conjunto, portanto, com as demais normas internas que regulam o tema”.

Conclui-se que o Brasil adota a unidade sucessória na existência

35 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 397.769 -SP, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgamento de 25/11/2002, DJ 19/12/2002 p. 362. A ementa é elucidativa, a favor da pluralidade sucessória: “Processual Civil. Inventário. Requerimento para expedição de carta rogatória com o objetivo de obter informações a respeito de eventuais depósitos bancários na Suíça. Inviabilidade. Adotado no ordenamento jurídico pátrio o princípio da pluralidade de juízos sucessórios, inviável se cuidar, em inventário aqui realizado, de eventuais depósitos bancários existentes no estrangeiro.”

36 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 37.356, Relator Min. Barros Monteiro, pub. no DJ de 10.11.1997.

de bens somente no Brasil; caso existam bens a inventariar em diversos países, o DIPr brasileiro adota o princípio da pluralidade sucessória³⁷. De acordo com a posição majoritária no Poder Judiciário brasileiro, a fixação da jurisdição internacional cível gera um impacto indireto sobre a temática da “escolha da lei”, redundando na restrição da aplicação da regra da “lei do domicílio do *de cuius*” somente aos bens existentes no território do Estado brasileiro.

7. A CRÍTICA: A CONCILIAÇÃO POSSÍVEL ENTRE A “ESCOLHA DA LEI” E A “DETERMINAÇÃO DA JURISDIÇÃO” À LUZ DO DIREITO À IGUALDADE

Pela posição majoritária dos tribunais superiores brasileiros, a opção da LINDB pela unidade (ou universalidade) sucessória ficou restringida e descaracterizada: a lei do domicílio do *de cuius* só regeria a sucessão dos bens situados no território do Estado da *lex fori*. Os demais bens localizados no estrangeiro seguirão a lei do Estado de sua situação (*lex rei sitae*), fragmentando, obviamente a sucessão.

A lógica exposta acima ofende a igualdade entre os herdeiros, introduzindo um fator de diferenciação (existência de bens no exterior) que não possui pertinência objetiva com a situação analisada. Não que o tratamento diferenciado não possa ser aceito: a sucessão testamentária, por exemplo, pode manejar quinhões assimétricos, a depender da margem dada pela legislação ao testador. Mas, a desigualdade de quinhões que advém do pluralismo sucessório é fruto tão somente da incapacidade de se superar a dificuldade de regular uma sucessão cujos bens estão espalhados por mais de dois Estados. E não da vontade do *de cuius*, tal qual ocorre na testamentária.

Entretanto, essas dificuldades podem ser superadas. Por exemplo, é possível equalizar os quinhões (caso esse seja o comando da lei) contabilizando os valores distribuídos em outra jurisdição. No *Caso Kassouf*, o Superior Tribunal de Justiça optou pela manutenção da unidade sucessória, na sucessão de pessoa falecida com bens no Brasil e no Líbano. Permitiu-se o sobrestamento do inventário no Brasil até que se terminasse o inventário aberto no Líbano, para autorizar, depois, que o juízo brasileiro pudesse fazer a equalização da *herança* (levando em conta a partilha dos bens do Líbano), com a consequente manutenção da igualdade entre os herdeiros, respeitando-se a lei do domicílio do *de cuius* (no caso, a lei brasileira).

No caso, foi abordada a essência da temática: a interpretação do então vigente art. 89, II, do CPC (hoje, art. 23, II do novo CPC) não pode levar à supressão da regra do Direito Internacional Privado constante

37 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.362.400 / SP, julgamento em 28/04/2015. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe de 05/06/2015.

do art. 10 da LINDB, que ordena a aplicação da lei do domicílio do *de cuius* para reger a sucessão hereditária³⁸. A votação foi por maioria. Obviamente, o voto vencido do Min. Barros Monteiro assinalou que aquele resultado em prol da unidade sucessória *divergia* dos precedentes do próprio STJ e também do STF³⁹.

Nessa linha, em 2014, na temática da partilha de bens na dissolução do casamento, o STJ reafirmou a separação entre a fixação da jurisdição brasileira e as normas da LINDB, determinando que o valor dos bens existentes no exterior deveriam ser compensados na partilha a ser efetuada pelo juiz brasileiro, obedecendo, assim, a lei indicada pelo Direito Internacional Privado (*Caso C.R.P.*)⁴⁰.

Esses últimos precedentes citados demonstram que é possível conciliar a regra de fixação da jurisdição cível brasileira do novo CPC com a escolha do direito material determinada pela LINDB, que, em muitos casos, impõe a igualdade entre os sucessores. No caso de bens situados no exterior, o uso da *técnica da compensação* faz com que o DIPr brasileiro não seja esvaziado: se a lei do domicílio do *de cuius* determinar, por exemplo, a igualdade entre os herdeiros, os bens situados no exterior podem ser valorados e incluídos no rateio do patrimônio perante o juízo do inventário do Brasil, em desfavor do herdeiro que detém tais bens no exterior.

Com isso, combate-se o argumento da *inexequibilidade* da decisão da Justiça brasileira sobre bens situados no exterior (a “faca que não corta”, no estilo irônico de Valladão), uma vez que não é necessário que os bens fora do Brasil sejam alcançados pela Justiça brasileira, mas tão somente que sejam considerados seus valores, prestigiando-se o DIPr criado pela lei ou pelos tratados ratificados pelo Brasil.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou esmiuçar os dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro sobre o Direito Internacional

38 In verbis: “A compensação a que se refere o julgado, de outra parte, sem tocar nos bens localizados no estrangeiro, a par de não violar a regra processual já mencionada, encontra respaldo na legislação nacional que rege o regime da comunhão universal de bens e da sucessão hereditária, aplicáveis ao caso concreto por força do que estabelece a Lei de Introdução ao Código Civil.” Recurso Especial nº 275.985/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 17/06/2003, DJ 13/10/2003, p. 366.

39 Consta da ementa do acórdão: “ VIII - Impõe-se a conclusão de que a partilha seja realizada sobre os bens do casal existentes no Brasil, sem desprezar, no entanto, o valor dos bens localizados no Líbano, de maneira a operar a equalização das cotas patrimoniais, em obediência à legislação que rege a espécie, que não exclui da comunhão os bens localizados no Líbano e herdados pela recorrente, segundo as regras brasileiras de sucessão hereditária”. Grifo meu. Recurso Especial nº 275.985/SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 17/06/2003, DJ 13/10/2003, p. 366.

40 Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.410.958 /RS, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, data do julgamento: 22/04/2014, data da publicação/Fonte: DJe 27/05/2014.

Privado das Sucessões no Brasil, expondo as questões controvertidas e posições majoritárias e minoritárias nos Tribunais Superiores do Brasil. Essas questões controvertidas expõem o envelhecimento da LINDB, que continua quase que intacta desde a sua edição em 1942⁴¹ (ainda como “Lei de Introdução ao Código Civil”) sem que os projetos de lei contendo uma nova codificação tenham prosperado⁴².

Em contrapartida, houve a dispersão de normas em outras leis, como se viu no novo Código de Processo Civil (2015), que possui normas de jurisdição internacional cível (arts. 21 a 25), afetando o Direito Internacional Privado das Sucessões, especialmente no que tange à unidade sucessória. Pugno, então, pelo contorno dessa dispersão por meio do estabelecimento de um indispensável diálogo das fontes, como defende Marques, que leve em consideração à igualdade dos envolvidos no Direito das Sucessões⁴³.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Internacional Privado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1977, vol II.

BEALE, Joseph Henry (trad.). *Bartolus on the conflict of law*. Cambridge: Havard University Press, 1914.

CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed., rev. e atual. Por Osíris Rocha. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CLARENCE SMITH, J.A. “Bartolo on the Conflict of Laws”. *The American Journal of Legal History*. 1970, vol 14, nº 3, p. 174-183.

ESPÍNOLA, Eduardo e ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro - comentada na ordem dos seus artigos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à lei de introdução ao Código Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, vol II.

41 Sobre o Direito Internacional Privado brasileiro de matriz legal, ver RAMOS, André de Carvalho. “Direito Internacional Privado de matriz legal e sua evolução no Brasil”. *Revista da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. 2015, vol 42, p. 89-113.

42 O pleito por um novo projeto de lei foi defendido pelo Professor Titular de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, João Grandino Rodas em: RODAS, João Grandino. *Falta a lei de introdução do Código Civil*. São Paulo: Gazeta Mercantil, 2001.

43 MARQUES, Claudia Lima. “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”. In: MARQUES, Cláudia Lima (ed.). *Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 18-66.

MARQUES, Claudia Lima. “O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme”. In: MARQUES, Cláudia Lima (ed.). *Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 18-66.

RAMOS, André de Carvalho e GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. “Artigo 10” in CARVALHO RAMOS, André de e GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. “Artigo 9” in CARVALHO RAMOS, André de Carvalho e GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. “Direito Internacional Privado de matriz legal e sua evolução no Brasil”. *Revista da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. 2015, vol 42, p. 89-113.

RAMOS, André de Carvalho. “Evolução Histórica do Direito Internacional Privado e a Consagração do Conflitualismo”. *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*. 2015, ano 3, nº 5, p. 423-446.

RODAS, João Grandino. *Falta a lei de introdução do Código Civil*. São Paulo: Gazeta Mercantil, 2001.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano atual, Tradução de Ciro Mioranga (edição original de 1849)*. Ijuí: Unijuí, 2004, vol VIII, § 375, p. 240-241.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed. São Paulo: Ltr, 2000.

TENÓRIO, Oscar. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsó, 1955.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, vol II.

A SUCESSÃO SOBRE BENS IMÓVEIS SITUADOS NO BRASIL E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

LA SUCESIÓN DE BIENES INMUEBLES UBICADOS EN BRASIL Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

*Inez Lopes**

*Ana Viola Sousa***

Resumo: *O tema sucessão tem grande intimidade com a família e a propriedade. A globalização traz profundas mudanças nas relações privadas dando origem a fenômenos transnacionais. A migração e o deslocamento de pessoas possibilitam o surgimento de famílias transnacionais, aquelas conectadas a dois ou mais Estados simultaneamente. A sucessão internacional é outro fenômeno fruto da globalização. As pessoas nascem em um determinado lugar e podem morrer em outro, deixando bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais. A morte registra o fim da vida civil, e a lei de cada Estado determina as pessoas que possuem direitos sucessórios, ab intestato, depois do pagamento das dívidas deixadas pelo de cujus e demais responsabilidades exigidas pelo Estado. A pessoa capaz possui autonomia plena para testar sobre a totalidade ou parte dos seus bens, que podem estar situados em jurisdições diferentes. Os principais objetivos do presente artigo são estudar e apresentar o entendimento jurisprudencial sobre o direito sucessório brasileiro. Visa também examinar aspectos da sucessão internacional e analisar o problema da divergência de sistemas e seus reflexos no julgamento dos litígios transnacionais.*

Resumen: *El tema de la sucesión tiene una gran intimidad con la familia y la propiedad. La globalización trae consigo cambios profundos en las relaciones privadas que dan lugar a fenómenos transnacionales. La migración y el desplazamiento de las personas permiten la aparición*

* Professora-adjunta de Direito Internacional Privado da Universidade de Brasília (UnB). Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Globalização e Políticas Trabalhistas pela Universität Kassel/FHW Berlin. Ex-Coordenadora-Geral de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Civil do Ministério da Justiça (DRCI/SNJ/MJ). Coordenadora do Grupo de Estudos em Direito Internacional Privado, do Comércio Internacional e Direitos Humanos (CNPq). E-mail: inezlopes@unb.br

** Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos, Universidade de Coimbra-PT. Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais-Direito Civil-PUC/SP; Pesquisadora e Professora dos cursos de Mestrado em Direito-UNISAL; Direito UNIVAP e UNIP. E-mail: amvds@uol.com.br

de las familias transnacionales, las conectadas a dos o más Estados simultáneamente. La sucesión internacional es otro fenómeno fruto de la globalización. Las personas nacen en un lugar determinado y pueden morir en otro, dejando bienes muebles o inmuebles, tangibles o intangibles. La muerte registra el fin de la vida civil y la ley de cada Estado determina las personas que poseen la herencia, ab intestato, después del pago de las deudas dejadas por el causante y las demás responsabilidades requeridas por el Estado. Una persona capaz tiene plena autonomía para testar la totalidad o parte de sus bienes, que pueden estar ubicados en diferentes jurisdicciones. Los principales objetivos del presente artículo son estudiar y presentar el entendimiento jurisprudencial de la sucesión brasileña. Visa también examinar los principales aspectos de la sucesión internacional y también analizar el problema de los sistemas divergentes y sus reflejos en el juicio de los litigios transfronterizos.

Palavras-chave: Sucessão internacional, Herdeiros, Testamento, Universal, Pluralista

Palabras clave: Sucesión internacional, Herederos, Testamento, Unidad, Pluralidad

1. INTRODUÇÃO

O tema sucessão tem grande intimidade com a família e a propriedade. Embora não se considere a sucessão um terreno permissível a largas inovações, os dois campos relacionados a ela – família e propriedade – estão suscetíveis a mudanças sociais que expressam o modo de pensar de cada sociedade, caracterizadas pela evolução dos costumes e novos valores por ela defendidos. É assim que, na atualidade, tem grande relevância à defesa dos direitos humanos com observância do princípio da dignidade da pessoa humana como viga mestra de todo o conjunto de normas públicas, irradiando-se inclusive no campo do direito das sucessões.

A globalização traz profundas mudanças nas relações privadas dando origem a fenômenos transnacionais. A migração e o deslocamento de pessoas possibilitam o surgimento de famílias transnacionais, aquelas conectadas a dois ou mais Estados simultaneamente. A internacionalização da família, por exemplo, ocorre pelo crescente aumento da mobilidade de pessoas por motivos de trabalhos e estudos. Consequentemente, a dimensão patrimonial da família é representada pela aquisição de bens pelos seus membros, inclusive em países diferentes do de sua residência habitual.

Por seu turno, as empresas transnacionais deslocam suas linhas de produção ou o local da prestação serviços, estabelecendo subsidiárias, filiais,

sucursais em outros países ou contratam empresas para as atividades da empresa, podendo adquirir bens além de seu país sede. Ainda em relação à economia internacional, destaca-se a importância dos investimentos estrangeiros em diversos países e suas consequências jurídicas.

Contudo, inexistente o direito de propriedade de bens imóveis em nível global. Cada país é soberano para definir suas regras para aquisição de bens imóveis, podendo ou não estabelecer restrições a estrangeiros. Enquanto Brasil¹ e Argentina outorgam os mesmos direitos a nacionais e estrangeiros não residentes, na Austrália, estrangeiros não residentes e empresas estrangeiras podem apenas adquirir até 50% de um imóvel².

A sucessão internacional é outro fenômeno decorrente da globalização. As pessoas nascem em um determinado lugar e podem morrer em outro, deixando bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais. A morte registra o fim da vida civil, e a lei de cada Estado determina as pessoas que possuem direitos sucessórios, *ab intestato*, depois do pagamento das dívidas deixadas pelo *de cuius* e demais responsabilidades exigidas pelo Estado. A pessoa capaz possui autonomia plena para testar sobre a totalidade ou parte dos seus bens.

É nesse contexto que o direito internacional privado regula os conflitos interestaduais relacionados à sucessão internacional, visando seus três principais escopos: *i*) determinar a lei aplicável ao direito sucessório (prevalece o direito da nacionalidade ou do último domicílio do *de cuius*?); *ii*) o foro competente (se o falecido possuir propriedades em diferentes países, a competência para a transmissão dos bens imóveis cabe a um único juízo ou a cada Estado envolvido?); *iii*) e o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras decorrentes de ação de inventário (o Superior Tribunal de Justiça tem homologado as decisões estrangeiras sobre o assunto?).

O presente artigo objetiva estudar a sucessão internacional à luz do direito internacional privado brasileiro, a partir desses três escopos. Também objetiva apresentar a atual visão doutrinária e jurisprudencial sobre as principais questões relativas aos direitos sucessórios.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DAS SUCESSÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O direito das sucessões, no Brasil, tem fundamento legal na Constituição Federal, sendo considerado um direito fundamental,

1 O Brasil estabelece restrições à aquisição de bens imóveis rurais por estrangeiro residente no Brasil ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil, conforme a Lei nº 5709, de 7 de outubro de 1971. Além dos limites dos módulos de exploração indefinida, as empresas, só poderão adquirir imóveis rurais destinados à implantação de projetos agrícolas, pecuários, industriais, ou de colonização, vinculados aos seus objetivos estatutários. Ver Parecer nº LA – 01/2010, da Advocacia-Geral da União.

2 FERGUS, Leigh. *To have or to lease: a global guide to property ownership rules and restrictions. a special report from international living* [online]. 2006 [acesso 15/12/2015]. Disponível em: <<http://www1.internationalliving.com/pdfs/property-ownership-restrictions.pdf>>

previsto no art. 5º, XXX e XXXI, garantindo-se o direito de herança, exigindo-se um tratamento igualitário a todos os filhos, sem quaisquer discriminações, conforme prevê o art. 227, § 6º.

O instituto da sucessão foi remodelado pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, trazendo algumas mudanças, as quais suscitaram amplo debate entre os mais renomados estudiosos do ramo, além de questionamentos judiciais.

Por ocasião da morte ou ausência de uma pessoa ocorre a sucessão *causa mortis*, comportando duas espécies: a legítima e a testamentária. A primeira dá-se em virtude de lei, que estabelece a ordem de vocação hereditária entre descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais até o 4º grau, além do companheiro. Já a segunda, decorre da manifestação da vontade deixada pelo testador, dispondo sobre seus bens e sucessores.

Na sucessão legítima obedece-se à ordem da vocação hereditária prevista na lei. Nesse sentido, o art. 1.829 do Código Civil estabelece os descendentes em primeiro lugar, concorrendo com o cônjuge sobrevivente, salvo as exceções previstas quanto ao regime de bens do casamento, o que significa que, na ocorrência dessas hipóteses, os descendentes recolhem a herança na totalidade. Na visão de Carvalho Neto³, o pressuposto da limitação na lei é de que havendo comunhão ilimitada não tem o cônjuge necessidade de concorrer à sucessão com os descendentes, já que ele tem assegurada a sua meação. Na segunda classe, são chamados a suceder os ascendentes em concorrência com o cônjuge – desta vez, porém, sem quaisquer distinções quanto ao regime de bens adotado⁴. Na terceira classe está o cônjuge; e, por fim, na quarta posição estão os colaterais.

Ocorre a sucessão testamentária se o *de cujus* deixar testamento ou ato de última vontade, nomeando herdeiros e legatários. Nesta modalidade, possuem vocação hereditária, além daqueles já concebidos e dos nascidos com vida, também a prole eventual e as pessoas jurídicas, ainda que não constituídas, conforme dispõe o art. 1.799 do Código Civil. A sucessão testamentária será um negócio jurídico de última vontade, unilateral, solene, personalíssimo e revogável⁵, disciplinado pelos art. 1.857 e seguintes do Código Civil. Embora válido desde a sua confecção, aperfeiçoa-se com a morte, isto é, só produz efeitos depois da morte do testador.

Embora seja da vontade do testador, é necessário ressaltar que este princípio encontra limitações, principalmente nas formalidades especiais de cada tipo de testamento. Há atualmente, no entanto, um abrandamento dessas formalidades⁶ e o Superior Tribunal de Justiça vem

3 CARVALHO NETO, Inácio Bernardino de. “A evolução do direito sucessório do cônjuge ou companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil”. [Tese de doutorado]. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005, p. 95.

4 MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.195.

5 CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 123.

6 *Ibid.*, p. 131.

firmando jurisprudência no sentido de que no caso concreto a ausência de determinadas formalidades não leva necessariamente à invalidade do testamento. Segundo o Superior Tribunal de Justiça,

A análise da regularidade da disposição de última vontade (testamento particular ou público) deve considerar a máxima preservação do intuito do testador, sendo certo que a constatação de vício formal, por si só, não deve ensejar a invalidade do ato, máxime se demonstrada a capacidade mental do testador, por ocasião do ato, para livremente dispor de seus bens⁷.

No julgamento de outro caso, o STJ assim decidiu:

(...) Especificamente em relação aos testamentos, as formalidades dispostas em lei possuem por finalidade precípua assegurar a higidez da manifestação de última vontade do testador e prevenir o testamento de posterior infirmação por terceiros. Assim, os requisitos formais, no caso dos testamentos, destinam-se a assegurar a veracidade e a espontaneidade das declarações de última vontade.

Todavia, se, por outro modo, for possível constatar, suficientemente, que a manifestação externada pelo testador deu-se de forma livre e consciente, correspondendo ao seu verdadeiro propósito, válido o testamento, encontrando-se, nessa hipótese, atendida a função dos requisitos formais, eventualmente inobservados.

(...) em que pese a existência de vício de forma a confirmar a reiterada atuação antijurídica da Tabeliã, a quem incumbia, imediatamente zelar pela observância dos requisitos formais, inviável, na hipótese dos autos, frustrar a manifestação de última vontade encerrada no testamento público, quando esta, a partir dos elementos de prova reunidos nos autos, refletiu, indene de dúvidas, a real intenção do seu autor⁸.

À guisa de esclarecimento, na sucessão testamentária, os doutrinadores são unânimes em afirmar que há contradição entre o prazo previsto no art. 1.859 do Código Civil (nulidade do testamento) e o do art. 1.909 e § único do mesmo diploma legal (anulabilidade das cláusulas testamentárias). Assim, há, em tramitação no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 276/2007⁹

⁷ STJ. AgRg no Recurso Especial nº 1073860/PR, rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 21/03/2013, DJe 01/04/2013. No mesmo sentido, STJ. AgRg no AgRg no REsp 1230609/PR, rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgamento 17/09/2013, DJe 02/10/2013.

⁸ STJ. Recurso Especial nº 1419726/SC – Recurso Especial 2013/0176506-1, Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgamento 09/12/2014, DJe 16/12/2014.

⁹ PL 276/2007 - Dispõe sobre alteração do Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Especificamente sobre o tema assim dispõe:

“Art. 1.859. Extingue-se em cinco anos o direito de requerer a declaração de nulidade do testamento ou de disposição testamentária, e em quatro anos o de pleitear a anulação do testamento ou de disposição testamentária, contado o prazo da data do registro do testamento”. (NR)

para sanar o equívoco, estabelecendo prazo de cinco anos para impugnação do testamento por nulidade e de quatro para anulação – ambos os prazos são contados a partir do registro do testamento¹⁰.

3. SUCESSÃO DE CÔNJUGE E COMPANHEIRO

A inovação que provocou grandes discussões foi a inclusão do cônjuge na categoria de herdeiro necessário, disciplinando sua participação na herança em concorrência tanto entre os descendentes quanto entre os ascendentes. Note-se ainda que só será assegurada a inclusão do cônjuge na condição de concorrente da herança com os descendentes quando o regime de casamento for de separação convencional de bens ou ainda se o regime for de comunhão parcial e o falecido possuíse bens. A *contrario sensu*, o cônjuge ficará excluído desta condição se o casamento foi celebrado sob o regime de comunhão universal, da separação obrigatória ou no regime de comunhão parcial, caso o autor da herança não tenha deixado bens.

O STJ, quanto à questão da concorrência do cônjuge supérstite casado com o falecido pelo regime de comunhão parcial de bens, na partilha de bens particulares, deu provimento parcial ao recurso especial fundamentando que:

No regime de comunhão parcial, os bens exclusivos de um cônjuge não são partilhado com o outro no divórcio e, pela mesma razão, não o devem ser após a sua morte, sob pena de infringir o que ficou acordado entre os nubentes no momento em que decidiram se unir em matrimônio. Acaso a vontade deles seja a de compartilhar todo o seu patrimônio, a partir do casamento, assim devem instituir em pacto antenupcial.

(...) Mais justo e consentâneo com a preocupação do legislador é permitir que o sobrevivente herde, em concorrência com os descendentes, a parte do patrimônio que ele próprio construiu com o falecido, não lhe tocando qualquer fração daquele outros bens que, no exercício da autonomia da vontade, optou – seja por não ter elegido regime diverso do legal, seja pela celebração do pacto antenupcial – por manter incomunicáveis, excluindo-os expressamente da comunhão¹¹.

Em outra ocasião, a Ministra Nancy Andrighi já havia se

¹⁰Art.1.909. ...

Parágrafo único. Extingue-se em quatro anos o direito de anular a disposição, contados da data do registro do testamento”. (NR)

Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoes Acesso em 1º/07/2015>

¹⁰ ANTONINI, Mauro. In. PELUZZO, Cezar (ed.). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência, Lei 10.406, de 10.01.2002*. 4ª ed. Barueri: Manole, 2010, p. 2.187.

¹¹ STJ. Recurso Especial nº 1377084/MG, Recurso Especial 2013/0083914-0. Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 08/10/2013. Publicação DJe 15/10/2013.

pronunciado, no sentido de que a análise impositiva do artigo 1.829, do CC/02 dentro do contexto do sistema jurídico, deve ser interpretado em harmonia com os demais que enfeixam a temática, de modo que no regime de separação de bens, seja legal ou por convenção, o cônjuge sobrevivente não se inclui como herdeiro necessário¹².

Recentemente, o próprio Superior Tribunal de Justiça, porém, deu outra interpretação ao artigo 1.829, inc. I do CC/02, por entender que houve um avanço no campo sucessório, reconhecendo a condição de herdeiro necessário ao cônjuge casado sob o regime de separação ainda que convencional. Confira-se o Acórdão:

O pacto antenupcial celebrado no regime de separação convencional somente dispõe acerca da incomunicabilidade de bens e o seu modo de administração no curso do casamento, não produzindo efeitos após a morte por inexistir no ordenamento pátrio previsão de ultratividade do regime patrimonial apta a emprestar eficácia póstuma ao regime matrimonial.

O fato gerador no direito sucessório é a morte de um dos cônjuges e não, como cediço no direito de família, a vida em comum. As situações, porquanto distintas, não comportam tratamento homogêneo, à luz do princípio da especificidade, motivo pelo qual a intransmissibilidade

12 ...regime de separação convencional de bens, celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. Direito de concorrência hereditária com descendentes do falecido, não ocorrência.

A análise do art. 1.829, I do CC/02, dentro do contexto do sistema jurídico (deve ser interpretado) em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia da vontade, da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa fé, a eticidade, por fim vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica.

Até o advento da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio) vigeu no direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual, o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal. A partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento, passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/02.

(...)

O regime da separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: (i) separação legal; e (ii) separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e, ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância.

Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário.

(...)

Se o casal firmou pacto no sentido de não ter patrimônio comum e, se não requereu alteração do regime estipulado, não houve doação de um cônjuge ao outro durante o casamento, tampouco foi deixado testamento ou legado para o cônjuge sobrevivente, não deve o intérprete da lei, alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário, concorrendo com os descendentes, sob pena de clara violação ao regime de bens pactuado (...).

STJ. REsp 992749/MS, Recurso Especial 2007/0229597-9. Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 01/12/2009. Publicação: DJe 02/02/2010, RSTJ vol 217, p. 820.

patrimonial não se perpetua *post mortem*.

O concurso hereditário na separação convencional impõe-se como norma de ordem pública, sendo nula qualquer convenção em sentido contrário, especialmente porque o referido regime não foi arrolado como exceção à regra da concorrência posta no art. 1.829, I do Código Civil.

O regime da separação convencional de bens, escolhido livremente pelos nubentes à luz do princípio da autonomia da vontade (por meio do pacto antenupcial) não se confunde com o regime da separação legal ou obrigatória de bens, que é imposto de forma cogente pela legislação (ar. 1.641 do Código Civil), e no qual efetivamente não há concorrência do cônjuge com o descendente.

Aplicação da máxima de hermenêutica de que não pode o intérprete restringir onde a não excepcionou, sob pena de violação do dogma da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal).

O Código Civil ao ampliar os direitos do cônjuge sobrevivente, assegurou ao casado pela comunhão parcial, cota na herança dos bens particulares, ainda que os únicos deixados pelo falecido, direito que pelas mesmas razões, deve ser conferido ao casado pela separação convencional, cujo patrimônio é, inexoravelmente, composto somente por acervo particular¹³.

Igualmente no mesmo sentido o Acórdão do Ministro Relator João Otávio de Noronha, embora com voto divergente do Ministro Moura Ribeiro, entendeu que o cônjuge supérstite casado no regime de separação convencional de bens concorre com os descendentes como herdeiro necessário. No voto do Min. Raul Araújo, destaca-se:

(...) O entendimento de que deveria prevalecer para fins sucessórios a vontade dos cônjuges, no que tange a patrimônio, externada na ocasião do casamento com a adoção de regime de bens que exclua da comunhão os bens particulares de cada um, não se mostra acertado, *data venia*. Com efeito, o regime de bens tal qual disciplinado no Livro de Família do Código Civil, entendido o instituto como opção para disciplinar o patrimônio dos nubentes, não rege o direito sucessório, embora tenha repercussão neste. Ora, a sociedade conjugal se extingue com o falecimento de um dos cônjuges (art. 1.571, I, do Código Civil), incidindo, a partir de então, regras próprias que regulam a transmissão do patrimônio do *de cuius*, no âmbito do direito das sucessões, que possui livro próprio e específico no Código Civil¹⁴.

13 STJ. Recurso Especial nº 1472945/RJ. Recurso Especial 2013/0335003-3. Terceira Turma. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data do julgamento: 23/10/2014. Publicação DJe 19/11/2014.

14 STJ. Recurso Especial nº 1382170/SP. Recurso Especial 2013/0131197-7, Segunda Seção, Rel. Ministro João Otávio de Noronha. Data do julgamento: 22/04/2015. Publicação DJe 26/05/2015.

Embora a legislação silencie quanto ao regime de participação final nos aquestos como limitador da participação do cônjuge na herança em concurso com os descendentes, os doutrinadores são unânimes em incluí-lo, por entenderem que nesse regime, na medida em que dissolvida a sociedade conjugal, os bens que eram de administração exclusiva, devem ser partilhados como se tratasse do regime da comunhão parcial.¹⁵ Para Carlos Maluf e Adriana Maluf¹⁶, neste regime a sucessão é regulada pelo art. 1.685 do Código Civil, assim estabelecido: “meação do cônjuge sobrevivente, de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código”. Desse modo, o cônjuge sobrevivente receberá sua meação nos bens comuns e participará dos bens particulares em concorrência com os descendentes.

Outra situação que também tem suscitado dúvidas é quanto à posição ocupada pelo companheiro (a). O art. 1.790 do Código Civil modificou substancialmente a situação do companheiro sobrevivente. A união estável como entidade familiar foi consagrada pela Constituição Federal de 1988, seguindo-se a regulamentação dos direitos dos companheiros, pelas leis 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e 9.278, de 10 de maio de 1996. No entendimento de Oliveira¹⁷ na legislação especial, o companheiro sobrevivente ocupava posição similar à do cônjuge viúvo, tendo direito a usufruto parcial sobre os bens da herança, se concorresse com descendentes ou ascendentes do falecido, ou à totalidade da herança, se não houvesse descendentes nem ascendentes, bem como do direito real de habitação sobre o imóvel que lhe servia de residência. O Código Civil regulou inteiramente a sucessão do companheiro, autorizando sua participação apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente na união estável, silenciando quanto aos bens havidos por doação ou adquiridos antes da união estável, nem mesmo quanto ao direito real de habitação.

Na análise de Mauro Antonini¹⁸, a questão fundamental de interpretação do art. 1.790 do Código Civil é saber se a Constituição Federal permite tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro. Dentre os doutrinadores, há duas correntes: de um lado, há aqueles que entendem haver diferenciação, fundamentando que a Constituição Federal teria reconhecido a união estável como entidade familiar, mas não a teria equiparado ao casamento. Neste caso não haveria qualquer inconstitucionalidade na desigualdade de direitos sucessórios de cônjuges e conviventes. Há, porém outra corrente, em sentido oposto, argumentando que as famílias constituídas pelo casamento ou pela união estável são idênticas nos vínculos de afeto, solidariedade e

15 PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil: direito das sucessões. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 149.

16 MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Op. cit., p. 205.

17 OLIVEIRA, Euclides. “Sucessão legítima à luz do novo código civil”. *Revista CEJ*. 2004, nº 27, p. 57-63, p. 62.

18 ANTONINI, Mauro. Op. cit., p. 2100.

respeito. A única diferenciação entre elas é o modo de sua formação. Neste caso, por estar eivado de inconstitucionalidade, não se aplicaria as disposições desse artigo à sucessão dos conviventes, mas a mesma disciplina legal prevista para o cônjuge.

A questão ainda é controvertida, inclusive entre os ministros do Superior Tribunal de Justiça, como se observa de dois acórdãos seguintes.

Este primeiro, do Ministro Relator Fernando Gonçalves, conclui-se que não se pode equiparar “a companheira à esposa”, afirmando que a união estável não produz, efeitos sucessórios, havendo regras próprias para a sucessão hereditária. Ademais, de acordo com o Ministro Relator, “há diversos e relevantes ângulos, há grandes e destacadas diferenças conceituais e jurídicas, de ordem teórica e de ordem prática, entre o casamento e a união estável”¹⁹.

O segundo acórdão, do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, reconhece a equiparação, concedendo à companheira o direito real de habitação, embora fossem registrados votos divergentes, como se vê:

É verdade que o art. 1.790 do Código Civil de 2002, norma que inovou o regime sucessório dos conviventes em união estável, não previu o direito real de habitação aos companheiros. Tampouco a redação do art. 1.831 do Código Civil traz previsão expressa de direito real de habitação à companheira. Ocorre que a interpretação literal das normas conduziria a conclusão de que o cônjuge estaria em situação privilegiada em relação ao companheiro, o que não parece verdadeiro pela regra da Constituição Federal.

(...) o fato de a companheira ter adquirido outro imóvel residencial (...) não resulta exclusão de seu direito real de habitação referente ao imóvel em que residia com o companheiro, ao tempo da abertura da sucessão.

Voto vencido:

Min. Raul Araújo: O companheiro ou companheira não tem o direito real de habitação do art. 1.831 do Código Civil. Isso porque o dispositivo legal em foco não os inclui, em virtude de o imóvel poder eventualmente ter sido adquirido anteriormente à união estável, podendo ocorrer, também, que eles não detenham quinhão na herança. Deve-se preferir a regra que reconhece o direito real de habitação apenas para o cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens.

Min. Maria Isabel Gallotti: O companheiro ou companheira supérstite não tem o direito real de habitação. Isso porque a Constituição não estabelece a igualdade entre casamento e união estável; pelo contrário, estabelece que de ser facilitada a conversão da união estável em casamento, que é um vínculo mais sólido assumido de forma expressa

19 STJ. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 736627/PR. Embargos de Divergência em Recurso Especial 2006/0189409-5, Ministro Relator Fernando Gonçalves, Segunda Seção, data do julgamento: 25/06/2008, publicação DJe 01/07/2009, RB vol 538, p. 29.

perante o ordenamento jurídico, de vocação de permanência em comum dos cônjuges. Havendo regra legal expressa acerca da sucessão do companheiro diferente do regime legal vigente para a sucessão do cônjuge, a mescla dos dois regimes não encontra amparo no Código Civil, especialmente no seu art.1.831²⁰.

Embora existam divergências jurisprudenciais, a doutrina e a maioria dos juristas parecem inclinados a considerar as disposições sobre a sucessão dos conviventes um retrocesso em relação às leis específicas, além do que, nas palavras de Farias e Rosenvald “ignorou toda a evolução histórica da união estável e, ao mesmo tempo, atentou frontalmente contra a ideologia constitucional de proteção especial do Estado dedicada a quem vive em companheirismo”²¹. Semelhante entendimento é observado em Carvalho, para o qual a entidade união estável é uma família, e, portanto, com inegável igualdade de *status* jurídico símile à família constituída pelo casamento, o que, traz como consequência a desigualdade de direitos sucessórios, com inferioridade daquela em relação a esta²². Para este autor, a situação de inferioridade de direitos entre o companheiro da união estável e a pessoa casada, viola diversos princípios notadamente o da vedação ao retrocesso, da solidariedade familiar e da dignidade da pessoa humana²³.

Para Maria Helena Diniz, as leis especiais que normatizaram as regras da união estável – Lei 8.971/94 e Lei 9.278/96 – ainda estão vigentes, diante da omissão das regras estabelecidas pelo Código Civil, considerada norma geral²⁴. Há, na verdade, segundo essa autora uma “antinomia entre critério de especificidade e o cronológico”, para a qual valeria a regra de especialidade prevalecendo sobre a cronológica, concluindo pela aplicabilidade das leis, por ser mais forte²⁵.

De qualquer forma, como afirma Salomão Cateb²⁶, “a matéria deverá ser exaustivamente estudada dentro da área familiar” ou ainda especificamente da área de sucessões, uma vez que, na opinião desse autor, as redações das Leis 8.971/94 e 9.278/96 expressam apressada regulamentação, “resultado de pouco estudo jurídico na outorga de direitos aos conviventes”²⁷.

Farias e Rosenvald acrescentam ainda que a expressão “companheiro”

20 STJ. Recurso Especial nº 1249227/SC. Recurso Especial 2011/0084991-2. Quarta Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Data do Julgamento 17/12/2013. Publicação DJe 25/03/2014.

21 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2015, vol VII, p. 283.

22 CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de, Op. cit., p.365 e ss.

23 *Ibid.*, p. 373.

24 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito das sucessões*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, vol 6, p. 181.

25 *Ibid.*, p. 182.

26 CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

27 *Ibid.*, p. 117.

tanto é aplicável às uniões heteroafetivas, como para as homoafetivas²⁸. Essa posição tem por pressuposto os fundamentos apresentados pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIn 4.277/DF, que afirmou por unanimidade a interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 da Lei Civil. De acordo com o STF, a Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo e, assim, o reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva²⁹.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), também já em 2011, havia exarado acórdão no sentido de reconhecimento da união afetiva entre pessoas do mesmo sexo com possibilidade de partilha de bens. De acordo com o tribunal,

Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar.

Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com exceção do inc. VI quanto à pessoa casada, separada de fato ou judicialmente haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos.

Comprovada a existência da união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome do falecido, sem que se exija, para tanto a prova do esforço comum, que nesses casos, é presumida³⁰.

Contudo, permite-se a partilha de bens nas relações homoafetivas sob o fundamento do reconhecimento “sociedade de fato” e não da união estável. De acordo com a Terceira Turma do STJ, “os reflexos patrimoniais são os mesmos do período anterior à legislação que estabeleceu a união estável no direito pátrio. A partilha de bens restringe-se àqueles que foram adquiridos pelo esforço comum, durante o período em que vigorou a sociedade”³¹.

28 FARIAS; ROSENVALD. Op. cit., p. 282.

29 STF, ADIn 4277/DF. Rel. Min. Carlos Ayres Brito, Ac. Unân. Tribunal Pleno, j. 5/05/11, DJe 14/10/11.

30 STJ. Recurso Especial nº 930460/PR. Recurso Especial 2007/0044989-4, Terceira Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, julgamento 19/05/2011, DJe 03/10/2011.

31 STJ. Recurso Especial nº 1284566/RS. Recurso Especial 2011/0132543-3, Terceira Turma,

4. SUCESSÃO DE DESCENDENTES

No que se refere a esta modalidade de sucessão, vislumbra-se a primazia dos descendentes como continuidade da vida humana. Nesse aspecto merecem destaque o direito do nascituro³² (art. 1.798 do Código Civil) e do concepturo³³ (art. 1.799, inc. I do Código Civil). Nos termos estabelecidos pelo Código Civil, o direito do nascituro está previsto na sucessão legítima, enquanto o direito do concepturo na sucessão testamentária.

O direito do nascituro não gravita apenas na órbita patrimonial, como já consagrado na jurisprudência das altas cortes brasileiras. De acordo com o STJ,

As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros. Ademais hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas há de se conhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida que é direito pressuposto a todos os demais³⁴.

Na visão de Cláudia Nogueira, a sucessão do não concebido ao tempo da morte decorre principalmente do fato de que o direito à procriação é inerente à personalidade, a qual não termina com a morte, transcendendo-a, pois há procriação mesmo após a morte de uma determinada pessoa³⁵. O grande problema que suscita debate é saber se o filho concebido após a morte do pai, por inseminação artificial, tem direito à sucessão legítima, já que na testamentária há previsão legal. Há argumentos a favor e contra essa posição.

De um lado, os defensores contrários, argumentando que para ser herdeiro ele tem que existir ou ao menos ter sido concebido até o

Rel. Ministro João Otávio de Noronha, julgamento em 23/06/2015, DJe 26/06/2015.

32 Considera-se nascituro aquele que já foi concebido, portanto, com vida intrauterina, porém ainda não nascido. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 162.

33 O concepturo (nondumconceptus) não se confunde com o nascituro, pois este, ainda não foi concebido, no momento da abertura da sucessão. CARVALHO. Op. cit., p. 167.

34 STJ. Recurso Especial nº 1415727/SC. Recurso Especial 2013/0360491-3, Quarta Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão, julgamento 04/09/2014, DJe 29/09/2014, RMD CPC vol 62, p. 123.

35 NOGUEIRA, Cláudia. “O direito sucessório do não concebido ao tempo do óbito e algumas inovações na sucessão testamentária”. *Anais do EMERJ debate o novo Código Civil*. 2003, p 207.

momento do óbito. Se o potencial herdeiro ainda não foi concebido, ele ainda não existe, e, portanto, não terá direito à sucessão legítima. São dessa corrente autores como Eduardo de Oliveira Leite³⁶ e Sílvio de Salvo Venosa³⁷.

A tese a favor sustenta seu embasamento nas normas constitucionais, principalmente no art. 227, § 6º, que estabelece igualdade a todos os filhos, sendo assim considerados aqueles concebidos após a morte do autor da herança³⁸.

Acrescente-se ainda o caso do embrião³⁹ (portanto já concebido) que, embora não implantado, teria direito, por aplicação do enunciado do art. 1.957, III a V, do Código Civil, eis que, presumida sua concepção na constância do casamento, seriam capazes de também receber herança⁴⁰. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, em 2008, no julgamento da ADIn 3510 (Lei da Biossegurança) entendeu que, mesmo havendo a fusão do material genético dos pais, não poderá o embrião pré-implantado ser equiparado ao nascituro, tendo necessidade a nidação do zigoto para que o início da vida se efetue realmente⁴¹. Carvalho⁴² vai mais além exemplificando: havendo embrião excedentário (portanto já fecundado) ocorre a nidação e o posterior nascimento, mesmo já tendo efetivado o inventário e a partilha terá o concebido *post mortem* direito a intentar ação de petição de herança, previsto no art. 1.824 do Código Civil.

De outro lado, em se tratando de sucessão testamentária, o fato se modifica, como anota Maria Helena Diniz⁴³, pois a lei garante o direito da prole futura de um herdeiro instituído. Ainda, segundo Diniz, na prole eventual só se compreende os filhos, mas não os netos. Em se tratando de concepturo, o prazo decadencial será de dois anos, findo o qual, se não se realizar a aguardada concepção, ocorrerá caducidade da cláusula testamentária.

Admitindo-se a existência de filiação socioafetiva, Faria e Rosenvald⁴⁴ traçam comentários acerca da situação jurídica do filho socioafetivo em relação ao seu genitor ou pai biológico. É uma hipótese comum em caso de filho adotivo, e, pergunta: poderia esse filho herdar do pai (que adotou) e do genitor (que gerou)? Segundo esses autores,

36 LEITE, Eduardo Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 105.
37 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil v. VI – Direito das sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 183.

38 NOGUEIRA, Cláudia. Op. cit., p. 209.

39 O Projeto de Lei 276, de 2007, atualmente tramitando perante a Câmara Federal, prevê modificação da redação do art. 2º do Código Civil, com o seguinte teor: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e os do nascituro. (NR).”

40 NOGUEIRA, Cláudia. Op. cit., p. 209.

41 MALUF, C. A. D.; MALUF, A. C. R. F. D., Op. cit., p. 114.

42 CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de, Op. cit., p. 170.

43 DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 220.

44 FARIA; ROSENVALD, Op. cit., 231.

atualmente, permite-se o estabelecimento de relação paterno-filial com todos os seus efeitos, inclusive sucessórios, em apenas um dos critérios como presunção legal, biológico ou socioafetivo, razão pela qual o filho herdaria só do pai e não do genitor. Porém, argumentam Faria e Rosenvald⁴⁵, uma nova tese possibilita a coexistência simultânea da sucessão em relação ao pai e ao genitor, denominada pluripaternidade ou multiparentalidade. O tema exige ponderação e cuidado, conforme explicam os autores, pois poderá gerar inconvenientes como a possibilidade de estabelecimento da filiação meramente com interesses patrimoniais. Para tanto, explicam eles, é necessário distinguir ação de investigação de paternidade e ação de investigação de origem genética: aquela se constitui numa demanda do direito de família, com o objetivo de estabelecer um estado de filiação com efeitos pessoais e patrimoniais (alimentos, herança); esta se constitui no exercício de um direito da personalidade, em que o autor não pretende requerer alimentos ou herança, mas apenas ver declarada sua ascendência genética⁴⁶.

5. SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA

Em matéria de substituição testamentária, a lei civil reconhece três diferentes categorias: a substituição vulgar; a recíproca; e a fideicomissária, sendo as duas primeiras disciplinadas pelos artigos 1.947 a 1.950 do Código Civil, e a terceira, pelos artigos 1.951 a 1.960, também do mesmo diploma legal.

Por substituição vulgar entende-se aquela em que o testador designa expressamente uma pessoa que será convocada no lugar do herdeiro ou legatário que não aceitar ou não puder receber a herança ou o legado.

Na modalidade recíproca o testador institui vários herdeiros ou legatários declarando-os substitutos uns dos outros. Neste caso, como explica Maria Helena Diniz⁴⁷ pode o disponente indicar cotas iguais ou diferenciadas entre eles, de modo que, se um deles não puder ou não quiser receber sua parte, será redistribuída entre os demais.

Já a substituição fideicomissária consiste na instituição de um herdeiro ou legatário (designado fiduciário), com a obrigação de, por sua morte, a certo tempo ou sob determinada condição, transmitir a outra pessoa (chamada fideicomissário) a herança ou o legado. O instituto do fideicomisso já provocou muitas controvérsias⁴⁸, foi banida de muitas legislações, apresentando-se contemporaneamente com muita raridade⁴⁹. No Código Civil de 2002, houve drástica redução das disposições da substituição fideicomissária, em que só é cabível em favor

45 *Ibid.*, p. 232.

46 *Ibid.*, p. 233.

47 DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, p. 389.

48 MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Op. cit.*, p. 417.

49 CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Op. cit.*, p. 415.

dos não concebidos ao tempo da morte do testador, conforme dispõe o art. 1.952. Complementa a legislação citada de que o fideicomisso converte-se em usufruto, se ao tempo da abertura da sucessão, o fideicomissário já houver nascido; oportunidade em que este adquirirá a nua propriedade dos bens. Também dispõe a lei sobre a limitação do fideicomisso até segundo grau, ou seja, não se permite sucessividade de fideicomissários, sendo nula a disposição testamentária que determine ao fideicomissário a entrega de bens a terceiros⁵⁰, permite-se, porém, nomeação plúrima ou ainda nomeação de substituto simples ao fiduciário ou ao fideicomissário⁵¹.

É nesse sentido a posição do STJ. De acordo com o tribunal, embora a lei vede a substituição fiduciária além do segundo grau, o fideicomissário, porém, pode ter substituto, que terá posição idêntica a do substituído, pois o que se proíbe é a sequência de fiduciários, não a substituição vulgar do fiduciário ou do fideicomissário. Além disso,

A substituição fideicomissária é compatível com a substituição vulgar e ambas podem ser estipuladas na mesma cláusula testamentária. Dá-se o que a doutrina denomina substituição compendiosa. Assim, é válida a cláusula testamentária pela qual o testador pode dar substituto ao fideicomissário para o caso deste vir a falecer antes do fiduciário ou de se realizar a condição resolutiva, com o que se impede a caducidade do fideicomisso. É o que se depreende do art. 1.958 c.c. 1955, parte final, do Código Civil⁵².

Em caso de renúncia do fiduciário não será prejudicado o direito do fideicomissário, transferindo-se-lhe a possibilidade de aceitar e receber a propriedade dos bens, conforme determina o art. 1954 do Código Civil. Já em caso de renúncia do fideicomissário, ocorrerá a caducidade do fideicomisso, tornando-se plena a propriedade do fiduciário. É como dispõe o art. 1.955 do Código Civil. Entendimento que foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2007, no seguinte julgado:

Direito processual e civil. Disposição testamentária de última vontade. Substituição fideicomissária. Morte do fideicomissário. Caducidade do fideicomisso. Obediência aos critérios da sucessão legal. Transmissão da herança aos herdeiros legítimos, inexistentes os necessários.
(...)

A substituição fideicomissária caduca se o fideicomissário morrer antes dos fiduciários, caso em que a propriedade destes consolida-se,

50 DINIZ, Op. cit., p. 402.

51 FARIAS; ROSENVALD Op. cit., p. 419.

52 STJ. Recurso Especial nº 1221817/PE, Recurso Especial 2010/0203210-5, Quarta Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgamento 10/12/2013, Publicação DJe 18/12/2013, RSTJ vol. 233, p. 551.

deixando, assim, de ser restrita e resolúvel (art. 1955 e 1.958 do CC/02). Afastada a hipótese de sucessão por disposição de ultima vontade, oriunda do extinto fideicomisso e, por consequência, consolidando-se a propriedade nas mãos dos fiduciários, o falecimento de um destes sem deixar testamento, impõe estrita obediência aos critérios da sucessão legal transmitindo-se a herança, desde logo, aos herdeiros legítimos, inexistindo herdeiros necessários⁵³.

Há, evidentemente, nos termos legais, outros casos de caducidade do fideicomisso como o perecimento do objeto do fideicomisso ou pela ilegitimidade sucessória do fideicomissário.

Em matéria de substituição fideicomissária, Maluf⁵⁴ é de opinião que, face ao enrijecimento da legislação vigente, ou pelo desuso, levará num futuro próximo ao desaparecimento do instituto.

6. ROMPIMENTO DE TESTAMENTO

O rompimento ou ruptura do testamento, também conhecido como revogação legal⁵⁵, ocorre quando o testador elabora o testamento ignorando a existência de herdeiros necessários. Isto porque há a presunção legal de que se o fato superveniente fosse de conhecimento do testador ao tempo em que testou, não teria testado ou o teria feito de forma diversa⁵⁶. Maria Helena Diniz⁵⁷ comenta que não se confundem a revogação e o rompimento, já que a primeira pressupõe a vontade do testador e o segundo independe de sua vontade, pois a imposição é da lei.

A questão do rompimento de testamento já se formou orientação jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, que

Com efeito, a disposição da lei visa a preservar a vontade do testador e, a um só tempo, os interesses de herdeiro superveniente ao testamento que, em razão de uma presunção legal, poderia ser contemplado com uma parcela maior da herança, seja por disposição testamentária, seja por reminiscência de patrimônio não comprometido pelo testamento.

Por outro lado, no caso concreto, o descendente superveniente – filho havido fora do casamento – nasceu um ano antes da morte do testador, sendo certo que, se fosse de sua vontade, teria alterado o testamento para contemplar o novo herdeiro, seja apontando-o diretamente como sucessor testamentário, seja deixando mais bens livres para a sucessão hereditária. Ademais, justifica-se o tratamento diferencia

53 STJ. Recurso Especial nº. 820814/SP, Recurso Especial 2006/0031403-9, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgamento 09/10/2007, publicação DJ 25/10/2007, p. 168.

54 MALUF, C. A. D.; MALUF, A. C. R. F. D. Op. cit., p. 433.

55 CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 810.

56 ANTONINI, Mauro. Op. cit., p. 2257.

57 DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 461.

conferido pelo morto aos filhos já existentes – que também não eram decorrentes do casamento com a então inventariante – porque depois do reconhecimento do filho biológico pelo marido, a viúva pleiteou sua adoção unilateral, o que lhe foi deferido. Assim, era mesmo de supor que os filhos já existentes pudessem receber, em testamento, quinhão que não receberia o filho superveniente, haja vista que se tornou filho (por adoção) da viúva-meeira e também herdeira testamentária⁵⁸.

Do mesmo modo, se o testador respeitou o limite da legítima e dispôs em favor de filhos já conhecidos, a superveniência de outro não afetará a disposição de última vontade, observando-se que o rompimento estará limitado naquilo que exceder à legítima⁵⁹.

No que concerne ao reconhecimento da paternidade, Antonini afirma que se for comprovado que o testador sabia da existência, mas só foi reconhecido como filho posteriormente, o testamento não se rompe. Foi o fundamento da ruptura do testamento a ciência posterior da existência, pois a paternidade é preexistente a seu reconhecimento⁶⁰. Esta foi a posição adotada pelo STJ que decidiu que

Não ocorre o rompimento do testamento, que, preservada a legítima, outorga da parte disponível em favor de todos os filhos reconhecidos, no caso de reconhecimento ulterior ao testamento e ao óbito, de filho não incluído no testamento à vista de dúvidas de paternidade, desfeita em ação de investigação de paternidade mediante o exame de DNA com utilização de material genético deixado pelo próprio testador, para análise.

Vontade clara do testador preservada, inclusive quanto a ressarcimento por filho donatário de parte do patrimônio, por doação em vida, único a pleitear o rompimento do testamento, cuja validade é admitida por todos os demais herdeiros, inclusive pelo reconhecido posteriormente.

As circunstâncias da existência de filhos, herdeiros necessários, conhecidos do testador, tanto que em seu favor realizado o testamento, e da disposição testamentária com preservação da legítima de herdeiros necessários, torna prejudicada a discussão a respeito de conhecimento ou não, pelo testador, da existência de outros filhos, no caso o filho posteriormente reconhecido por sentença judicial transitada em julgado. Vontade do testador absolutamente preservada, inclusive quanto ao sistema por ele estabelecido para a equalização patrimonial dos filhos após o óbito⁶¹.

58 STJ. Recurso Especial nº 1169639/MG, Recurso Especial 2009/0232432-9, Quarta Turma, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgamento: 11/12/2012, publicação: DJe 04/02/2013.

59 MALUF, C. A. D.; MALUF, A. C. R. F. D. Op. cit., p. 431.

60 ANTONINI, Mauro. Op. cit., p. 2257.

61 STJ Recurso Especial nº 1273684/RS, Recurso Especial 2011/0202351-5, Terceira Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, julgamento: 08/05/2014, publicação: DJe 08/09/2014.

Maluf⁶² argumenta que é louvável a “técnica de aproveitamento da vontade” restringindo a ruptura do testamento ao limite da legítima, garantindo o respeito pela manifestação volitiva do testador, pois, caso exceda o limite imposto pela legítima, ocorrerá redução da cláusula testamentária. Por isso, ensina Carvalho⁶³, quando o testador sabendo da existência de um ou mais herdeiros necessários, dispõe a favor de terceiros, o testamento permanece eficaz, reduzindo-se as liberalidades à metade disponível, ainda que apareçam outros herdeiros necessários ignorados ou desconhecidos pelo testador. Antonini acrescenta ainda que a filiação superveniente que acarreta ruptura do testamento pode advir de adoção⁶⁴.

7. A SUCESSÃO INTERNACIONAL À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

A sucessão internacional é aquela que regula os direitos sucessórios e de herança conectados a duas ou mais jurisdições. O fenômeno da globalização afeta as relações privadas internacionais, criando, modificando e/ou extinguindo direitos transfronteiriços, com efeitos pessoais e patrimoniais, tanto em matéria de direito civil⁶⁵ quanto comercial, incluindo-se o campo da sucessão *ab intestato* ou testamentária.

O desafio do direito internacional privado é garantir os direitos transfronteiriços na sociedade globalizada, por meio da harmonização ou unificação legislativa, respeitando-se a diversidade jurídica. Segundo Araújo, “as questões relativas à sucessão internacional fazem parte do estudo das repercussões das relações familiares transnacionais no DIPr”⁶⁶. Assim, na sucessão internacional busca-se a proteção dos direitos dos membros da família do *de cujus* independentemente do local onde se encontrem. Nesse contexto, a cooperação jurídica internacional entre os Estados é fundamental para facilitar o duplo fluxo de atos jurisdicionais.

Segundo Garb and Wood, “as regras de sucessão em qualquer jurisdição são exclusivas para essa jurisdição”⁶⁷. Desse modo, cada Estado é soberano para definir suas próprias normas de conflitos interestaduais na sucessão internacional, predominando, assim, as fontes nacionais. A diversidade normativa sobre sucessões podem engendrar conflitos interestaduais positivos ou negativos, e consequentemente tornar as relações privadas internacionais inseguras e imprevisíveis. Segundo

62 MALUF, C. A. D.; MALUF, A. C. R. F. D. Op. cit., p. 431.

63 CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Op. cit., p. 813.

64 ANTONINI, Mauro. Op. cit., p. 2257.

65 Este texto adota a expressão “civil” em sentido amplo, abrangendo todas as áreas que não sejam de natureza penal.

66 ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 495.

67 GARB, Louis; WOOD, John. *International Succession*. 4ª ed. London: Oxford, 2015, p. vii.

Bonomi, os direitos nacionais oferecem muitas vezes uma gama de soluções diferentes⁶⁸. Uma medida preventiva seria que as pessoas privadas buscassem orientações jurídicas no momento da aquisição de bem imóvel no exterior, seja aos efeitos presentes relativos ao contrato de venda e compra de bens, seja com relação aos efeitos futuros em caso de sucessão.

No direito sucessório, as espécies existentes nos diversos ordenamentos jurídicos são três: a legítima, a testamentária e a contratual. Entretanto, o direito brasileiro só admite as duas primeiras e proíbe o pacto sucessório ou sucessão contratual, nos termos do artigo 426 do Código Civil⁶⁹. Para o direito português, a sucessão é deferida por lei, testamento ou contrato, conforme dispõe o artigo 2.026 do Código Civil português, Decreto-lei nº 47.344, de 25/11/1966. Segundo o direito português, há sucessão contratual quando, por contrato, alguém renúncia à sucessão de pessoa viva, ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta. Todavia, o parágrafo 2º limita esses direitos, admitindo apenas os contratos sucessórios previstos na lei e de caráter irrevogável⁷⁰. Seria válido o pacto sucessório entre um português e uma brasileira domiciliados em Portugal, dispondo sobre bens imóveis deixados no Brasil? O tribunal brasileiro deveria respeitar a autonomia da vontade das partes onde ocorreu o centro de gravidade do ato, válido no tempo e no espaço? O tribunal brasileiro deveria inadmitir o pacto sucessório por violar a soberania estatal e ordem pública?

O fato de a pessoa ser estrangeira não limita os direitos sucessórios. Os brasileiros e estrangeiros gozam dos mesmos direitos e deveres em relação aos direitos sucessórios. Segundo Valladão, desde o tempo do Império nunca existiu restrição aos direitos hereditários a estrangeiros, com fundamento nos princípios da equiparação completa dos estrangeiros e da reciprocidade, adotada por várias constituições na América Latina⁷¹.

Em relação às fontes de direito internacional privado que regulam a sucessão internacional, citam-se a Lei de Introdução às Normas de Direito brasileiro (LIND), o Código Civil e o Código de Processo Civil. Por seu turno, as normas internacionais que buscam harmonizar as regra sobre sucessão internacional ainda estão em fase de amadurecimento e/ou expansão, considerando o número cada vez mais crescente de litígios transnacionais em direitos sucessórios no mundo globalizado. Destacam-se os trabalhos da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.

68 BONOMI, Andrea. "Succession Internationales: Conflits de Lois et de Juridictions". *The Hague Academy Collected Courses, Recueil des Cours*. 2010, vol 350, p. 92.

69 O artigo 426 estabelece que "não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva".

70 Cf. Arts. 2.028 e 1701. (Irrevogabilidade dos pactos sucessórios).

71 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado. Parte Especial, Conflitos de leis Civis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1977, p. 208.

8. LEI APLICÁVEL: SISTEMA UNITÁRIO OU DUALISTA

Os Estados apresentam diferentes soluções para os conflitos de leis referentes à sucessão internacional. A doutrina apresenta dois sistemas contraditórios adotados pelos países relacionados à lei aplicável aos direitos sucessórios transfronteiriços: o unitário e o dualista⁷². Por seu turno, o segundo sistema estabelece que a lei aplicável é a lei do lugar dos bens deixados pelo *de cuius*. Isso significa que em caso de bens situados em diversos países, a lei nacional de cada um será considerada aplicável a cada um dos bens.

O primeiro sistema estabelece que a sucessão internacional é regida por uma única lei, uma vez que considera este fenômeno unitário visa a transmissão do patrimônio do *de cuius* em seu conjunto⁷³. Originário do Direito Romano, o sistema unitário universalista responde à concepção personalista da sucessão, da aplicação de uma única lei à sucessão internacional, independentemente da natureza e da situação dos bens, móveis ou imóveis⁷⁴. Desse modo, busca assegurar aos herdeiros o direito de suceder à personalidade do direito de propriedade do defunto, incluindo-se seus bens como um todo, assim como seus débitos⁷⁵. Segundo Haopei Li, o sistema unitário pode ser dividido em dois subsistemas para a lei aplicável à sucessão: o primeiro estabelece o critério da última nacionalidade do *de cuius*, adotados pela Alemanha e Itália; e o segundo aplica a lei do último domicílio do defunto. A teoria universalista e pela unificação do direito internacional privado, defendida por Mancini, combatendo a tradição romana⁷⁶, classificado como método dedutivo⁷⁷, estabelece como critério a aplicação do princípio da nacionalidade como fundamento do direito internacional privado, e no direito sucessório, a lei aplicável é a lei nacional do *de cuius*, independentemente da natureza e situação de seus bens. O Brasil adotou o critério da nacionalidade para a sucessão internacional, conforme dispunha ao artigo 14 do Código Civil de 1916:

Art. 14. A sucessão legítima ou testamentária, a ordem da vocação hereditária, os direitos dos herdeiros e a validade intrínseca das disposições do testamento, qualquer que seja a natureza dos bens e o país onde se achem, guardado o disposto neste Código acerca das heranças vagas abertas no Brasil, obedecerão à lei nacional do falecido; se este, porém, era casado com brasileira, ou tiver

72 O sistema unitário também é chamado de universal e universalista. O sistema dualista é conhecido como da *cisão*, pluralista e fragmentado.

73 BONOMI, Andrea. Op. cit., p. 99.

74 CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Derecho Internacional Privado. 14ª ed. Granada: Comares, 2014, vol II, p. 533.

75 LI, Haopei. "Some recent developments in the conflict of laws of succession". The Hague Academy Collected Courses, Recueil des cours. 1990-V, vol 224, p. 25.

76 VALLADÃO, Haroldo. Op. cit., p. 209.

77 OVERBECK, Alfred Eugène von. "Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialement en matière de successions". Recueil des cours. 1961-III, vol 104, p. 537.

deixado filhos brasileiros, ficarão sujeitos à lei brasileira⁷⁸.

Nota-se, porém, que este dispositivo adotava o princípio da universalidade com aplicação da lei da nacionalidade em caso de estrangeiro sem vínculo familiar no Brasil; e, na segunda parte, o princípio dualista com aplicação da lei nacional, caso possuísse vínculos familiares, com esposa e/ou filhos no território brasileiro.

De acordo com Overbeck, o método comparativo considera que o problema não tem que ser resolvido sob o ângulo de uma única ordem jurídica, mas deve ter em conta todas as legislações que a relação jurídica em questão pode dizer a respeito⁷⁹. Para o autor, a concepção internacionalista e o método comparativo, aplicado às regras nacionais, não são por si só suficientes para superar as incompatibilidades dos sistemas particulares de direito internacional privado⁸⁰.

O sistema dualista, da cisão, pluralista ou da fragmentação, tem origem no sistema feudal na Europa, na Idade Média, estabelecendo o princípio da territorialidade para reger os bens que estivessem na propriedade do senhor feudal, móveis e imóveis (*lex rei sitae absoluta*). Mais tarde, as teorias estatutárias “flexibilizaram” o princípio da territorialidade no direito sucessório para adotar os critérios da *lex rei sitae*, para os bens imóveis, e *lex ultimi domicilii*, para os bens móveis. Joseph Story defendia o sistema pluralista e acolhia esses dois critérios.

Destarte, atualmente, a questão da lei aplicável à sucessão internacional ainda mantém a dicotomia aplicando-se tanto do princípio da unidade ou universalidade da sucessão em alguns países ou quanto o princípio da pluralidade em outros.

9. A LEI APLICÁVEL À SUCESSÃO INTERNACIONAL NO DIREITO BRASILEIRO⁸¹

No Brasil, o “princípio de um critério único e universal para a sucessão, ‘qualquer que seja a natureza e a situação dos bens’, é facta que

78 Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916.

79 OVERBECK, Alfred Eugène von. Op. cit., p. 538-539.

80 *Ibid.*, p. 548.

81 O Brasil não aderiu a Convenção sobre a lei aplicável às sucessões em caso de morte que estabelece que (1) A sucessão é regida pela lei do Estado em que o falecido, no momento de sua morte, era habitualmente residente, se ele era, então, um nacional daquele Estado. (2) A sucessão é também regida pela lei do Estado em que o falecido, no momento de sua morte, era habitualmente residente se tinha sido residente lá por um período de não menos que cinco anos imediatamente antes de sua morte. Entretanto, em circunstâncias excepcionais, se no momento de sua morte, ele estava manifestamente mais intimamente conectado com o Estado do qual ele era, então, um nacional, a lei daquele Estado se aplica. (3) Em outros casos, a sucessão é regida pela lei do Estado do qual, no momento de sua morte, o falecido era um nacional, ao menos que, naquele momento, o falecido estava mais intimamente conectado com outro Estado, neste caso a lei do último Estado se aplica.

não corta”, já afirmava Valladão⁸². A doutrina brasileira pouco discute a respeito das teorias unitárias e dualistas. Desde a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, a regra geral da lei aplicável em direito sucessório transnacional de bens de estrangeiros situados em território brasileiro é do último domicílio do falecido, independentemente da situação dos bens, nos termos do *caput* do artigo 10⁸³. Todavia, essa regra é limitada pelo § 1º do artigo 10, que possibilita a aplicação da lei brasileira em matéria de sucessão internacional para proteção da família, tanto do cônjuge ou dos filhos brasileiros, com exceção se a lei pessoal do *de cuius* for mais favorável^{84, 85}. Embora o *caput* do artigo 10 estabeleça uma regra geral tendente à adoção do princípio da universalidade⁸⁶ no sistema jurídico brasileiro, este não tem sido o entendimento dos tribunais brasileiros ao julgar os casos de sucessão internacional. A regra geral referente à lei aplicável aos bens de uma pessoa é a lei onde eles estiverem situados, a regra da *lex situs*, de acordo com o artigo 8º da LINDB. Contudo, com relação aos bens móveis, o § 1º do artigo 8º estabelece que a lei aplicável seja a do país em que for domiciliado o proprietário, aplicando a regra *lex domicilli*. Desse modo, regula-se pela lei brasileira a sua sucessão quando o *falecido* deixar bens, cônjuge ou herdeiros em território nacional⁸⁷. Quando se tratar de estrangeiro domiciliado no Brasil, deixando imóveis no exterior, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que

A existência de imóvel situado na Alemanha, bem como a realização de testamento nesse país são circunstâncias prevalentes a definir a *lex rei sitae* como a regente da sucessão relativa ao aludido bem (e somente a ele, ressalta-se), afastando-se, assim, a lei brasileira, de domicílio da autora da herança. Será, portanto, herdeiro do aludido imóvel quem a lei alemã disser que o é⁸⁸.

Observar-se, portanto, que o respeitável tribunal afastou a norma contida no *caput* do artigo 10, adotando a teoria pluralista para o direito sucessório internacional. O direito material estaria, assim, vinculado ao princípio da territorialidade, a lei do país onde o bem imóvel está situado, aplicando-se o princípio da *lex rei sitae*. Inversamente, importante,

82 VALLADÃO, Haroldo. Op. cit., p. 215.

83 Código Civil, Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

84 Código Civil, art. 10, § 1º A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cuius.

85 Este dispositivo foi reproduzido na Constituição Federal, artigo 5º, XXXI.

86 ARAÚJO, Nadia de. Op. cit., p. 498; GARB, Louis; WOOD, John. Op. cit., p. 123.

87 STJ. Ag678749; Resp 1127345; Resp 1.362.400-SP; Resp 1.127.345;

88 STJ. Recurso Especial nº 1.362.400-SP (2012/0219242-9). Terceira Turma. Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, DJ, 28 de abril de 2015, DJe: 05/06/2015.

destacar que o direito civil alemão adota o princípio da sucessão universal (Gesamtrechtsnachfolge), conforme dispõe a § 1922 (1). Neste contexto, o STJ, decidiu que em “que pese a prevalência da lei do domicílio do indivíduo para regular as suas relações jurídicas pessoais, conforme preceitua a LINDB, esta regra de conexão não é absoluta”⁸⁹.

Assim, em havendo bens imóveis a serem inventariados ou partilhados simultaneamente no Brasil e no estrangeiro, a premissa de que a lei do domicílio do *de cuius*, sempre e em qualquer situação, regulará a sucessão, somente poderia ser admitida na remota - senão inexistente - hipótese de o Estado estrangeiro, cujas leis potencialmente poderiam reger o caso (em virtude de algum fator de conexão, v.g., situação da coisa, existência de testamento, nacionalidade, etc.), possuir disposição legal idêntica à brasileira. Mais do que isso. Seria necessário que, tanto o Brasil, em que domiciliado a autora da herança, assim como o país estrangeiro, país em que situado o imóvel a ser inventariado, adotassem o princípio da unidade ou universalidade do juízo da sucessão e que, em ambos os países, o juízo sucessório fosse (com prejuízo de qualquer outra regra de conexão) o do domicílio do autor da herança. Todavia, em se tratando de bem imóvel situado no estrangeiro, circunstância que se relaciona diretamente com a própria soberania do Estado, difícil, senão impossível, cogitar a hipótese de este mesmo Estado estrangeiro dispor que a sucessão deste bem, nele situado, fosse regulada pela lei de outro país (no caso, do Brasil). No ordenamento jurídico nacional (artigo 8º, *caput*, da LINDB, em conjunto com o art. 89 do CPC - abrangendo disposição idêntica à contida no § 2º do art. 12 da LINDB), tal hipótese seria inadmissível⁹⁰.

Em sentido diametralmente oposto da atual posição do colendo STJ, o Supremo Tribunal Federal (STF) costumava acolher a lei aplicável estrangeira sobre bem imóvel situado no Brasil, com fundamento no mesmo artigo 10 da LICC, adotando, assim, a teoria da universalidade. Nesse sentido, a Sentença Estrangeira nº 2.211- Chile foi homologada por unanimidade, conforme a ementa abaixo:

Ementa – Sucessão aberta no estrangeiro. Partilha ali processada, compreendendo bens situados no Brasil.

II. Homologação de sentença deferida, sujeita sua execução ao pagamento dos tributos devidos pela transmissão, e em conformidade com as lei brasileiras⁹¹.

89 STJ. Resp 1.362.400-SP, p. 11.

90 STJ. Resp 1.362.400-SP, p. 14.

91 STF. Sentença estrangeira nº 2.211-Chile. Ministro Relator Carlos Thompson Flores, data do julgamento 5/12/1973.

Destarte, a lei aplicável era a do último domicílio do *de cuius* para a transmissão de bens em sucessão internacional, aplicando-se a lei brasileira apenas para a questão do pagamento de direitos tributários sobre a transmissão de bens.

O Brasil reconhece apenas duas modalidades de sucessão, a legítima e a testamentária. Na sucessão testamentária transnacional, a regra *locus regit actum* é bastante utilizada pelos tribunais, sendo de caráter consuetudinário, segundo Araújo⁹². Todavia, o testamento celebrado no estrangeiro deve respeitar a soberania nacional, a ordem pública e a dignidade da pessoa humana para que possa produzir efeitos extraterritoriais em solo brasileiro. Assim, a celebração de testamento conjuntivo, permitido somente entre esposo e esposa de acordo com o § 2265 do Código Civil Alemão (BGB), dispondo sobre seus bens tanto na Alemanha quanto no Brasil, não produzirá efeitos no Brasil, por violação à ordem pública, uma vez que este ato é vedado pelo Código Civil, nos termos do artigo 1.863⁹³.

No Caso Post⁹⁴, em 1943, casal Otto Albert Theodor Post e Anna Post elaborou um testamento conjuntivo cerrado na Alemanha estabelecendo que na hipótese de óbito de ambos os cônjuges, os bens do casal seriam divididos em duas partes iguais a serem entregues aos filhos adotivos Hinrich Johann Post Susemihl e Ingeborg Ina Post Susemihl; e determinaram que, falecendo o casal e um dos filhos, todos os bens seriam revertidos em favor do filho sobrevivente. A família veio a residir no Brasil. Os netos de Hinrich Johann Post Susemihl promoveram a ação de sonegação contra a única herdeira declarada pelo tribunal alemão em 1992, após a morte Ana Post em 1980. Embora Otto Post tenha morrido em 1972, os direitos sucessórios sobre o bem imóvel deixado na Alemanha Oriental só foi reconhecida depois da unificação alemã, após a Queda do Muro de Berlim, em 1989. Os netos queriam aplicar a lei brasileira para obter direitos sobre o imóvel deixado na Alemanha, aplicando-se a regra do direito sucessório estabelecido no artigo 10, *caput* e § 1º da LINDB. O STJ negou provimento ao recurso especial aplicando o princípio da territorialidade, e a regra *lex rei sitae*, e que somente o tribunal alemão seria competente para julgar bem imóvel situado em seu território, aplicando a teoria da cisão ou pluralista. No que tange ao exame acerca do testamento conjuntivo o STJ, este foi posicionamento do tribunal:

Aliás, é a lei alemã da época da confecção do testamento conjuntivo feito naquele país apta a reger a forma a que referido ato jurídico deveria

92 ARAÚJO, Op. cit., p. 505.

93 Código Civil. Art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.

94 STJ. Recurso Especial nº 1.362.400-SP (2012/0219242-9). Terceira Turma. Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, DJ, 28 de abril de 2015, DJe: 05/06/2015.

observar, e não, como alegam os recorrentes, a pretexto de se reconhecer a nulidade do testamento, a lei brasileira atual, absolutamente inaplicável a hipótese dos autos. Não obstante, a discussão quanto à validade do testamento conjuntivo, desenvolvida no curso do processo pelos recorrentes, refoge, assim como toda a extensão da decisão proferida pela Justiça alemã, da jurisdição brasileira⁹⁵.

Dessa forma, o testamento conjuntivo não seria acatado pelo tribunal brasileiro devendo a parte interessada observar se o ato é válido aqui. No caso em particular, o casal provavelmente veio ao Brasil para fugir dos flagelos da guerra. Daí a importância do direito internacional privado para buscar soluções que assegurem os direitos transnacionais.

De outro modo, importante destacar a liberdade para testar. O Código Civil brasileiro assegura a liberdade do testador, nos termos do artigo 1857, *caput* e artigo 1.858, embora estabeleça certos limites legais, tais como a capacidade da pessoa e a legítima dos herdeiros necessários que não poderá ser incluída no testamento.

Na Sentença Estrangeira nº 12.568-AR, o STJ homologou a sentença proferida pelo Juiz Singular de Primeira Instância n. 91, Buenos Aires, Argentina, que reconheceu testamento do espólio de Esther Amanda Donaires Oliveira, tia da requerente, deixando um imóvel em Santa Catarina. Apesar do parecer contrário do Ministério Público Federal com fundamento no artigo 89 do CPC, e favorável “tão-somente para homologação da parte da sentença que cuida da declaração de herdeiro”, o STJ deferiu o pedido do reconhecimento por considerar preenchidos os pressupostos indispensáveis ao deferimento do pleito (art. 216-C e art. 216-D do RI/STJ). Também, porque entendeu que a pretensão não ofendia a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública nem os bons costumes (art. 17 da LINDB e art. 216-F do RI/STJ).

Nesse sentido, o STJ agiu acertadamente, pois embora não mencionado, aplicou a regra do *caput* do artigo 10 da LINDB, do princípio do último domicílio do *de cuius* e do princípio da liberdade para testar. A lei aplicável ao testamento é o do local da celebração do ato (*locus regit actum*). De acordo com o entendimento do tribunal, “a sentença estrangeira dispendo sobre bem localizado no território brasileiro que tão-somente ratifica a vontade última manifestada pelo *de cuius* e transmite bens também localizados no território nacional à pessoa indicada no testamento”.

10. A LEI APLICÁVEL À SUCESSÃO INTERNACIONAL NO MERCOSUL

Inexiste no âmbito do MERCOSUL uma lei harmonizadora das

95 STJ. Resp 1.362400-SP, p. 18.

regras de conflitos de leis em matéria de sucessão internacional, cabendo a cada Estado definir suas regras de direito material em caso de sucessão transfronteiriça.

Além disso, no âmbito regional o artigo 3º do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de Las Lenãs) outorga aos cidadãos e aos estrangeiros residentes permanentes de um dos Estados Partes as mesmas condições dos cidadãos e residentes permanentes do outro Estado-Parte, do livre acesso à jurisdição desse Estado para a defesa de seus direitos e interesses⁹⁶. Assim, os demais membros tem a obrigação internacional de cooperar para facilitar o direito sucessório transfronteiriço, reconhecendo a lei aplicável, desde que não viole a ordem pública.

11. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

Enquanto a lei aplicável diz respeito à questão de fundo a ser analisada em caso de conflito de leis em uma jurídica internacional, isto é, qual o direito material aplicável ao caso concreto, a competência internacional diz respeito à solução de conflitos de jurisdição para determinar o foro competente. Estes dois escopos do direito internacional privado são autônomos e independentes, podendo um órgão jurisdicional ser reconhecido como competente para julgar o litígio transnacional e a lei aplicável ser o direito material estrangeiro. A ausência de regras de competência harmonizadoras ou unificadoras de direito internacional privado pode ocasionar conflitos positivos de competência, na qual dois Estados se declaram competentes para julgar o caso; ou conflitos negativos de competência internacional, na qual os tribunais desses Estados denegam o acesso àquele tribunal por falta de previsão no direito interno. Consequentemente, o conflito de competência negativo é muito mais prejudicial ao cidadão no mundo globalizado, uma vez que a ele se nega o direito de acesso à justiça em seu sentido amplo.

As regras de jurisdição internacional em direito sucessório no direito brasileiro estão definidas no artigo 12, § 1º, da LINDB e no artigo 89, II, do Código de Processo Civil de 1973, adotando o sistema dualista ou da cisão, com fundamento no princípio da *lex rei sitae*, admitindo a pluralidade de juízos sucessórios, tantos quantos bens estejam em jurisdição diversa⁹⁷. De acordo com o STJ,

⁹⁶ Decreto de promulgação 6.891, de 2 de julho de 2009; Decreto Legislativo nº 1.021, de 24 de novembro de 2005.

⁹⁷ Ver STJ. Recurso Especial nº 1.362.400-SP (2012/0219242-9). Terceira Turma. Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, DJ, 28 de abril de 2015, DJe: 05/06/2015.

A homologação, contudo, encontra óbice na evidente incompetência do juízo estrangeiro para decidir a questão (art. 5º, inciso I, da Resolução n. 9/2005, do STJ). Com efeito, segundo o disposto no art. 89, inciso II, do CPC, “compete à autoridade judicial brasileira, com exclusão de qualquer outra, proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional”⁹⁸

A mesma regra foi mantida no novo CPC⁹⁹, conforme dispõe o artigo 23, II, na qual estabelece a competência exclusiva em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional. Nota-se que em relação ao testamento celebrado no exterior, somente o particular estará sujeito exclusivamente à jurisdição brasileira e os demais, público ou cerrado aprovado por tabelião no exterior, não. Ademais, o testador é livre para dispor sobre a totalidade ou parte de seus bens em testamento, devendo a sua vontade ser respeitada com fundamento na dignidade da pessoa humana¹⁰⁰.

12. JURISDIÇÃO INTERNACIONAL NO MERCOSUL

O Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (Protocolo de Buenos Aires) exclui as matérias relativas ao direito de família e das sucessões, conforme dispõe o artigo 2 (2)¹⁰¹. Assim, não há qualquer possibilidade para reconhecimento para a sucessão contratual ou o chamado pacto sucessório.

Aplica-se aos casos de sucessão internacional o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Protocolo de La Leñas), desde que os pedidos de cooperação jurídica internacional não sejam contrários aos princípios de ordem pública do Estado requerido (artigos 8º, 12, 20 e 28).

Na Carta Rogatória nº 6812-AR, à qual a Justiça da Argentina solicitou a que se proceda à intimação de Julia Pérez De D'Ambrosio para manifestação em Ação de Inventário, segundo o texto rogatório. O STJ concedeu o *exequatur* à carta ao órgão jurisdicional para as providências cabíveis¹⁰².

98 STJ. Sentença Estrangeira nº 1.961-AR (2006/0113062-7). Decisão Monocrática, DJ 8 de dezembro de 2006, DJe 01/02/2007. STJ. Sentença Estrangeira nº 12.147- US (2014/0150565-2). Decisão monocrática. Ministro Francisco Falcão, DJ 09 de abril de 2015, DJe 02/06/2015 99 Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

100 Veja o Na Sentença Estrangeira nº 12.568-AR (2014/0231589-1). Decisão monocrática. Ministro Francisco Falcão, DJ 11 de maio de 2015, DJe: 02/06/2015.

101 Decreto de Promulgação nº 2.095, de 17 de dezembro de 1996; Decreto Legislativo nº 129, de 5 de outubro de 1995.

102 STJ. Carta Rogatória nº 6.812-AR (2012/0109793-4), Decisão Monocrática. Ministro Felix

Em termos de direito comparado, os países do MERCOSUL se assemelham para adotar ambos os sistemas com predominância do sistema pluralista para a solução das relações privadas transnacionais em matéria sucessória. Em 2015, a sentença proferida pela Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, decidiu que “a existencia de bienes en distintos países y de normas diversas, tanto nacionales como internacionales, nos obliga a tomar una postura respecto al principio que debe regir en la especie, si el de la unidad o pluralidad sucesoria”¹⁰³.

13. HOMOLOGAÇÃO E EXECUÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

As sentenças estrangeiras para produzirem efeitos no Brasil devem ser homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos termos do artigo 105, I, i, da Constituição Federal. Contudo, a decisão estrangeira não terá eficácia quando ofender a soberania nacional, ordem pública, os bons costumes e a dignidade da pessoa humana, de acordo com o artigo 17 da LINDB e o artigo 216-F do Regimento Interno do STJ.

Considerando a prevalência do sistema pluralista (dualista, da cisão ou fragmentação), a maioria dos pedidos de homologação de sentença estrangeira relacionados à sucessão internacional envolvendo bens imóveis situados em território brasileiro foi parcialmente deferido. No caso do Agravo Regimental na Sentença estrangeira nº 8.502-EX contra decisão que homologou parcialmente a sentença estrangeira, o STJ negou provimento decidindo que

Não é possível a homologação de sentença estrangeira que, em processo relativo a sucessão *causa mortis*, dispõe sobre a partilha de bens imóveis situados no território brasileiro. Competência exclusiva da justiça pátria, nos termos do art. 12, § 1º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e do art. 89, inciso II, Código de Processo Civil¹⁰⁴.

O tribunal homologou a decisão argentina apenas no tocante à declaração de herdeiros e partilha de bens localizados no estrangeiro, proferida pelo Juizado Cível e Comercial n. 3, Posadas. O efeito prático da decisão é impedir que os herdeiros questionem esses bens perante a justiça brasileira e afastar a competência do tribunal brasileiro para

Fischer, DJ 10 de setembro de 2012 DJe 17/12/2012.

103 Decisão disponível em <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=SoJl%2BQrVJbTg6bpZnhiV5HLeja3ZFPsaiYwVgdrqjg%3D&tipoDoc=sentencia&cid=2202068>. Ver VETULLI, Ezequiel; PAREDES, Sebastián. “Argentina: ¿unidad o pluralidad en materia de sucesiones internacionales en su sistema de autónomo de DIPr?” [online]. [14/07/2015]. Disponível em: <<https://cartasblogatorias.com/2015/07/07/argentina-unidad-o-pluralidad-en-materia-de-sucesiones-internacionales-en-su-sistema-de-autonomo-de-dipr/>>

104 STJ AgRg na Sentença Estrangeira nº 8.502 - EX (2012/0120734-8). Corte Especial, Ministro Relator Felix Fischer, DJ16 de outubro de 2013, DJe 23/10/2013.

rediscutir os herdeiros decididos pelo tribunal estrangeiro.

Poucos foram os pedidos totalmente indeferidos. Os direitos sucessórios podem se tornar bastante complexos, principalmente quando relacionados a outras questões jurídicas promovidas pelo *de cuius*, como, por exemplo, em caso de falência ou insolvência civil. Na Sentença Estrangeira Contestada nº 3.532-EX sobre direitos sucessórios, proferida pela Presidência do Tribunal de Laufenburg, do Cantão da Argóvi, na Suíça, os bens deixados por Markus Vella à sua filha e única herdeira, que renunciou, foram inventariados. Em razão disso, a herança foi liquidada por meio da sentença que e, após seu trânsito em julgado, o requerente da homologação da sentença estrangeira adquiriu da Junta de Falência de Laufenburg, Cantão de Aargau, a cessão oriunda do espólio de Markus Vella em seu favor, a receita da venda do apartamento em Fortaleza/CE, no Brasil. O STJ indeferiu o pedido homologatório, por ofensa à soberania e à ordem pública interna, uma vez que

A autoridade judicial helvética promoveu a liquidação da herança conforme as normas jurídicas estrangeiras e, na sequência, cedeu ao ora requerente bens deixados pelo *de cuius* em troca do valor de CHF 20.000,00 (vinte mil francos suíços).

A situação estampada nos autos não se confunde com a mera transmissão de bens em virtude de desejo manifestado em testamento, já que, recusada a herança pela pessoa indicada pelo falecido, a autoridade judiciária estrangeira transferiu de forma onerosa a propriedade de bem localizado no Brasil a terceiro totalmente estranho à última vontade do *de cuius*, isto é, dispôs sobre bem situado em território nacional em processo relativo à sucessão *mortis causa*, o que vai de encontro ao art. 89, II, do Código de Processo Civil-CPC¹⁰⁵.

Da mesma forma, a Sentença Estrangeira Contestada nº 9.531-EX foi indeferida pelo STJ, porque “a partilha de bens imóveis situados no território brasileiro é da competência exclusiva da Justiça pátria, nos termos do art. 12, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil) e do art. 89 do CPC”. Além disso, o tribunal entendeu não ser possível a homologação de sentença estrangeira que dispõe sobre partilha de bens na hipótese em que não há acordo na divisão de bem imóvel localizado no Brasil, mas sim *determinação da justiça estrangeira* da forma como o bem seria partilhado, conforme decisões precedentes¹⁰⁶.

Desse modo, contata-se o artigo 89, I e II, impede que o juiz

105 STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 3.532-EX. Corte Especial. Ministro Relator Castro Meira. DJ 15 de junho de 2011, DJe 01/08/2011

106 STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 9.531-EX (2014/0284832-2), Corte Especial. Ministro Relator Mauro Campbell Marques, DJ 19 de novembro de 2014, DJe 11/12/2014

estrangeiro julgue a respeito de bens imóveis situados em território brasileiro e aplique o direito estrangeiro em desarmonia com a ordem jurídica interna.

No caso de bens móveis, o STJ homologou parcialmente a Sentença Estrangeira nº 5.937-PT de inventário e partilha de bens, proferida pelo Tribunal Judicial da Comarca de Esposende, em Portugal, por entender não ser possível a homologação da sentença concernente ao bem situado no Brasil. Contudo, a partilha do falecido também dispõe sobre bens localizados no exterior e, quanto a esses, o tribunal entendeu ser a homologação possível¹⁰⁷.

Em relação ao testamento realizado no exterior, a posição do STJ é no sentido de não haver ofensa à soberania nacional e à ordem pública a sentença estrangeira que dispõe acerca de bem localizado no território brasileiro, sobre o qual tenha havido acordo entre as partes, e que tão somente ratifica o que restou pactuado. Na Sentença Estrangeira Contestada nº 1.304-EX, o STJ decidiu que não há que se falar em ofensa ao art. 89 do CPC, tampouco ao art. 12, § 1º da LINDB, uma vez que “os bens situados no Brasil tiveram a sua transmissão prevista no testamento deixado por Thomas B. Honsen e confirmada pela sentença homologanda, a qual tão somente ratificou a vontade última do testador, bem como a dos ora requeridos, o que ficou claramente evidenciado em razão da não impugnação ao *decisum* alienígena”¹⁰⁸.

Assim, observa-se que no caso de países que adotam o sistema unitário ou universalista, a decisão estrangeira pode não ser reconhecida no Brasil. Recentemente, entrou em vigor o Regulamento (EU) nº 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu, seja para reconhecer a lei aplicável, seja em relação à jurisdição internacional¹⁰⁹.

O Regulamento europeu adota o sistema universal para acolher a lei onde o falecido tinha residência habitual no momento do óbito como lei aplicável ao conjunto da sucessão, com a possibilidade de a pessoa poder escolher a sua lei nacional, como alternativa caso não queira que a *lex successiones* seja a lei de sua residência habitual. Por seu turno, o tribunal competente é o de sua residência habitual, independentemente da localização de seus bens móveis ou imóveis, com a possibilidade de acordo de eleição de foro, conforme dispõe o artigo 5º, e da celebração de pacto sucessório. Tanto a eleição de foro quanto o pacto sucessório são inadmissíveis pelo sistema jurídico brasileiro e deve-se buscar uma

107 STJ. Sentença Estrangeira nº 5.937-PT (2010/0119108-5). Decisão Monocrática, Ministro Francisco Falcão, DJ 18 de dezembro de 2015. DJe 01/02/2016.

108 STJ. Sentença Estrangeira Contestada nº 1.304 - EX (2005/0153253-6). Corte Especial. Ministro Relator Gilson Dipp, DJ 19 de dezembro de 2007, DJe 03/03/2008.

109 Em 17 de agosto de 2015.

solução na qual os dois sistemas, universal e pluralista, se comuniquem. O Brasil adota a solução da homologação parcial, não impedindo que a parte interessada venha pleitear seus direitos na jurisdição brasileira. A recente adesão do Brasil à Convenção da Haia sobre a Eliminação da Exigência de Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros (“Convenção da Apostila”) poderá facilitar o reconhecimento de atos no exterior, inclusive o testamento, particular, cerrado ou privado.

CONCLUSÕES

A sucessão internacional é um fenômeno atual e o número de casos é crescente na sociedade globalizada. Todavia, os diferentes sistemas universal ou pluralista impedem avançar para a harmonização de regras de conflitos de leis e de jurisdição em nível global. Em nível regional, a União Europeia adotou o sistema universal, ampliando a autonomia da pessoa para dispor sobre seus bens móveis e imóveis, para realizar um planejamento na transmissão de seus bens, com possibilidade de escolher sua lei nacional como alternativa a lei de residência habitual, e de escolha de foro com certas limitações. No âmbito do MERCOSUL, não há uma norma especial regulando a lei aplicável à sucessão internacional entre seus membros. Observa-se que os países possuem leis e jurisprudência que ora tendem a um sistema universal para aceitar um único juízo e lei para a transmissão de bens do *de cuius*, mas há uma predominância do sistema dualista (da cisão, pluralista ou do fracionamento). A recente decisão do Superior Tribunal de Justiça elucidada a posição brasileira pelo sistema pluralista com relação aos bens imóveis, com a possibilidade de aplicação de leis diversas de acordo com o lugar onde bem estiver situado (*lex rei sitae*) e, quanto à competência internacional, adoção da pluralidade dos juízos sucessórios. Os tribunais argentinos seguiram a mesma linha, na qual a Cámara Nacional de Apelaciones acolheu o sistema da pluralidade ou fracionamento. Desse modo, a comunicação entre os dois sistemas possibilita um diálogo cultural entre os Estados e promover uma verdadeira cooperação jurídica internacional em sucessão internacional.

Com relação à questão de fundo, as novas formas de relações sociais decorrentes da moderna forma de viver em sociedade podem provocar situações cada vez mais complexas, que a simples letra da lei não alcança, necessitando repensar o posicionamento tradicional em termos de sucessão. A liberdade de testar deve ser assegurada à pessoa para dispor de seus bens, independentemente do local onde se encontrem, desde que obedecida a *lex loci/locus regit actum*.

Das diversas questões discutidas pelo Superior Tribunal de Justiça brasileira, em questão do direito das sucessões, destacam-se quatro temas: a inclusão do cônjuge na categoria de herdeiro necessário; o

direito do nascituro e do concepturo; substituição fideicomissária; e ruptura do testamento.

Quanto à inclusão do cônjuge, a posição majoritariamente sustentada pelo Superior Tribunal de Justiça é estender a prerrogativa ao cônjuge sobrevivente, ainda que o casamento tenha sido efetivado sob o regime da comunhão, justificando que após a morte, o regime matrimonial não mais produz efeitos. Há ainda muitas dúvidas, com posições divergentes entre os ministros, quanto à posição ocupada pelo convivente (nas uniões estáveis) e pelo homoafetivo (nas uniões homoafetivas), alguns reconhecendo e outros não reconhecendo a inclusão como herdeiro necessário.

Na sucessão dos descendentes a dúvida se estabelece quanto à capacidade sucessória do nascituro e do concepturo. Por enquanto, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou quanto ao nascituro, acompanhando a posição do Supremo Tribunal Federal, ou seja, o embrião pré-implantando não se equipara ao nascituro, havendo necessidade de nidação para o início da vida. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça reconhece não só os direitos patrimoniais como também outros direitos da personalidade, principalmente o direito à vida, pressuposto dos demais. No que se refere ao nascituro, apenas há discussão doutrinária.

Em matéria de substituição fideicomissária a posição do Tribunal Superior de Justiça é no sentido de permitir a nomeação plúrima ou nomeação de substituto simples ao fideicomissário, como também ao fiduciário.

A questão da ruptura testamentária, o Superior Tribunal de Justiça já ficou orientação jurisprudencial no sentido de que a superveniência de herdeiros desconhecidos ou ignorados pelo testador não provoca sua ruptura, preservando-se a vontade do testador. Aliás, a prevalência da vontade do testador em detrimento de alguns vícios formais do documento, é posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, já que a constatação de inobservância de alguns requisitos para a feitura do testamento não o invalida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTONINI, Mauro. In. PELUZZO, Cezar (ed.). *Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência, Lei 10.406, de 10.01.2002*. 4ª ed. Barueri: Manole, 2010.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BONOMI, Andrea. "Succession Internationales: Conflits de Lois et de Juridictions". *The Hague Academy Collected Courses, Recueil des Cours*. 2010, vol 350, p. 71-418.

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrasco. *Derecho Internacional Privado*. 14ª ed. Granada: Comares, 2014, vol II.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO NETO, Inácio Bernardino de. “A evolução do direito sucessório do cônjuge ou companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil”. [Tese de doutorado]. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

CATEG, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GARB, Louis; WOOD, John. *International Succession*. 4ª ed. London: Oxford, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito das sucessões*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, vol 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2015, vol VII.

FERGUS, Leigh. *To have or to lease: a global guide to property ownership rules and restrictions. a special report from international living* [online]. 2006 [acesso 15/12/2015]. Disponível em: <<http://www1.internationalliving.com/pdfs/property-ownership-restrictions.pdf>>

LI, Haopei. “Some recent developments in the conflict of laws of succession”. *The Hague Academy Collected Courses, Recueil des cours*. 1990-V, vol 224, p. 9-121.

HARTLEY, Trevor C. *International Commercial Litigation: text, cases and materials on private international law*. London: Cambridge University Press, 2009

LEITE, Eduardo Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOPES, Inez. “Transnational Households in Brazil: a new approach on democratic basis”. In: *Conferência Internacional Transnational Law & Social Justice* (26 e 27 de junho de 2015). London: School of Economics, 26 e 27 de junho de 2015.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOTA, Helena. “A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/2012 do PE e do Conselho, de 4 de Julho de 2012” [online]. *RED — Revista Electrónica de Direito*. 2014, nº 2 [acesso 12/12/2015]. Disponível em: <<http://www.cije.up.pt/revistared>>

NOGUEIRA, Cláudia. “O direito sucessório do não concebido ao tempo do óbito e algumas inovações na sucessão testamentária”. *Anais do EMERJ debate o novo Código Civil*. 2003, p 207-220.

OLIVEIRA, Euclides. “Sucessão legítima à luz do novo código civil”. *Revista CEJ*. 2004, nº 27, p. 57-63.

OVERBECK, Alfred Eugène von. “Divers aspects de l’unification du droit international privé, spécialement en matière de successions”. *Recueil des cours*. 1961-III, vol 104, p. 529-633.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado. Parte Especial, Conflitos de leis Cívis*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1977.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil v. VI – Direito das sucessões*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VETULLI, Ezequiel; PAREDES, Sebastián. “Argentina: ¿unidad o pluralidad en materia de sucesiones internacionales en su sistema de autónomo de DIPr?” [online]. [14/07/2015]. Disponível em: <<https://cartasblogatorias.com/2015/07/07/argentina-unidad-o-pluralidad-en-materia-de-sucesiones-internacionales-en-su-sistema-de-autonomo-de-dipr/>>

O BENEFÍCIO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA A ESTRANGEIROS NO BRASIL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

EL BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA A EXTRANJEROS EN BRASIL Y EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO

*Marcos Vinicius Torres Pereira**

Resumo: *Este artigo fala da concessão do benefício da gratuidade de justiça a estrangeiros no Brasil. É analisada a possibilidade de sua concessão tanto a estrangeiros residentes no Brasil, como a estrangeiros que não residam no Brasil, bem como seu gozo por pessoas naturais ou jurídicas. Este estudo analisa a jurisprudência e a legislação interna brasileira sobre o tema, especificamente a Lei 1.060/50 e o Novo Código de Processo Civil. Também são inventariados os tratados internacionais adotados pelo Brasil, que preveem o benefício da gratuidade de justiça a estrangeiros: os principais tratados multilaterais universais, os tratados no âmbito do MERCOSUL e os tratados bilaterais com outros Estados. A conclusão confirma a ampla concessão do benefício da gratuidade de justiça a estrangeiros no Brasil, corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, que se dedicou especificamente ao tema.*

Resumen: *Este artículo habla de la concesión del beneficio de justicia gratuita a extranjeros en Brasil. Se analiza la posibilidad de su concesión tanto a extranjeros residentes en Brasil, como a extranjeros que no residan en Brasil, así como también su gozo por personas naturales o morales. Este estudio analiza la jurisprudencia y la legislación interna brasileña sobre el tema, específicamente la Ley 1.060/50 y el Nuevo Código Procesal Civil. Asimismo son inventariados los tratados internacionales adoptados por Brasil, que prevén el beneficio de la justicia gratuita a extranjeros: los principales tratados multilaterales universales, los tratados en el ámbito del MERCOSUR y los tratados bilaterales con otros Estados. La conclusión confirma la amplia concesión del beneficio de justicia gratuita a extranjeros en Brasil, corroborada por el Nuevo Código Procesal Civil, que se dedicó específicamente al tema.*

* Professor Adjunto de Direito Civil e Internacional Privado da Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre e Doutor em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado. E-mail: mvinciusrj@hotmail.com

Palavras-chave: Benefício de gratuidade de justiça, Estrangeiros, Tratados internacionais, Novo Código de Processo Civil, Brasil

Palabras clave: Beneficio de justicia gratuita, Extranjeros, Tratados internacionales, Nuevo Código Procesal Civil, Brasil

1. INTRODUÇÃO

Mesmo no mundo globalizado de hoje, onde distâncias são reduzidas e a informação se coloca ao alcance de muitos, as desigualdades econômicas e sociais ainda são grandes entre os indivíduos. As consequências da distribuição desigual de renda, do desemprego, do empobrecimento de muitos indivíduos e países também se fazem sentir no plano jurídico. Muitos cidadãos são excluídos do mundo jurídico por fatores econômicos, não somente pela falta de registro civil ou documentos, mas pela impossibilidade de pleitear alguns direitos em juízo, em razão da dificuldade em arcar com custas processuais, pagar um advogado, ou suportar verbas sucumbenciais. Na hipótese de as partes serem estrangeiras, a estas dificuldades somam-se obstáculos como a barreira de comunicação com o idioma - que dificulta o acesso à informação sobre como buscar assistência jurídica -, a dificuldade de produção de provas de uma jurisdição a outra, a necessidade de tradução e legalização de documentos estrangeiros, etc.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar a concessão da gratuidade de justiça aos estrangeiros no Brasil. Para tanto, visa abordar a possibilidade de sua concessão tanto a estrangeiros residentes no Brasil, como a estrangeiros não residentes no Brasil, uma vez que a legislação brasileira que dispôs, originalmente, sobre o benefício, o restringiu apenas aos estrangeiros residentes no Brasil. Também se busca analisar a possibilidade de concessão do benefício a pessoas jurídicas estrangeiras.

Outro objetivo é considerar como a concessão da gratuidade de justiça a estrangeiros contribui para o acesso à justiça no Brasil, uma vez que possibilita àqueles que teriam dificuldades para se dirigir ao Judiciário, uma oportunidade de fazê-lo em paridade de armas com partes economicamente mais beneficiadas.

2. PREMISSAS TEÓRICAS PARA A GRATUIDADE DE JUSTIÇA A ESTRANGEIROS NO BRASIL

2.1. Equiparação em nível constitucional de direitos entre brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil

O Artigo 5º, *caput*, da nossa Carta Magna estabelece a isonomia jurídica entre brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, garantindo

a todos eles a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, com uma extensa lista de direitos e garantias fundamentais, nos vários incisos deste artigo.

Cabe ressaltar que tal equiparação entre brasileiros e estrangeiros aqui residentes já era da tradição de nosso direito constitucional, conforme se depreende das constituições anteriores, a saber: Artigo 72 da Constituição de 1891, Artigo 113 da Constituição de 1934, Artigo 122 da Constituição de 1937, Artigo 141 da Constituição de 1946, Artigo 150 da Constituição de 1967, que foi transformado no Artigo 153, com a Emenda Constitucional nº 1 de 17/10/1969.

Em todas estas constituições mencionadas, percebemos uma série de garantias processuais que, como exposto, eram aplicáveis tanto aos brasileiros como aos estrangeiros aqui residentes. O que variava, entre as diversas leis fundamentais brasileiras de diferentes épocas era o rol dos direitos e garantias fundamentais previsto em cada constituição.

Dentre os direitos e garantias da Carta de 1988, podemos destacar o Inciso LXXIV, do Artigo 5º que determina que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Assim, podemos dizer que a concessão de gratuidade de justiça aos que dela necessitarem é norma constitucionalmente assegurada, sob a égide da *Lex Maxima*.

Ainda, com relação ao citado artigo 5º, cabe observar as normas específicas, referentes à aplicação dos direitos e garantias fundamentais protegidos neste dispositivo. O Parágrafo 1º estabelece a aplicação imediata de tais normas. O Parágrafo 2º não limita os direitos e garantias aplicáveis àqueles previstos neste dispositivo. Por outro lado, também prevê a recepção de direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Ou seja, é confirmada a concessão do benefício aos estrangeiros conforme previsto em tratados internacionais, conforme trataremos adiante. O Parágrafo 3, inserido por força da Emenda Constitucional nº 45 de 31/12/2004, equipara os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos às emendas constitucionais, quando aprovados, nas duas casas do Congresso Nacional, com o mesmo procedimento utilizado para a aprovação de emendas constitucionais. Isto é, abre-se a possibilidade de aplicação de normas de acesso à justiça constantes de tratados internacionais que versem direitos humanos e que venham a ser aprovados no Congresso Nacional, por ocasião de sua ratificação, com procedimento semelhante àquele usado para a aprovação de emendas constitucionais.

2.2. Lei aplicável à gratuidade de justiça no direito internacional privado brasileiro

No campo do Direito Internacional Privado, provavelmente a questão mais importantes a ser observada é a determinação da lei aplicável, constituindo o epicentro desta ciência, com o chamado conflito de leis. *Id est*, entre supostas leis aplicáveis a uma questão, em razão de possíveis conexões de diferentes sistemas legais com o caso, identificar qual deles deve prevalecer.

Como a assistência judiciária gratuita se refere a matéria processual, a ela se aplica a *lexfori*¹. Ou seja, caberá a lei onde corre a ação e onde se pleiteia tal benefício determinar a concessão ou não do benefício. Ou seja, os requisitos para a concessão, a forma e o momento de formulação do pedido, a oposição a sua concessão, o trâmite para decidir sobre o pedido e o recurso às decisões sobre este, enfim, todas estas questões serão reguladas pela lei interna de onde corre a ação na qual se pleiteia o benefício da gratuidade.

Cabe observar que a aplicação da lei do foro às questões processuais remonta aos estatutários medievais, precursores e fundadores do Direito Internacional Privado; mais precisamente, se origina da Escola Estatutária Italiana. Provém da distinção feita pelos pós-glosadores entre regras processuais e regras de fundo. Aquelas tratadas como *ordinatorialitis*, e estas, *decisoria litis*².

Cabe observar que é da tradição do Direito Internacional Privado Brasileiro a aplicação da *lexfori*às questões processuais, mesmo anterior ao Artigo 15 da antiga Introdução ao Código Civil de 1917, que se posicionava expressamente neste sentido.

3. A GRATUIDADE DE JUSTIÇA NO PLANO INTERNO BRASILEIRO

3.1. A Lei 1.060 de 1950 e a gratuidade de justiça no Brasil;

No Brasil, a Lei 1.060 de 05/02/1950³, que dispõe sobre a assistência jurídica aos indivíduos economicamente hipossuficientes, prevê a concessão do benefício a brasileiros e a estrangeiros residentes no país, no esteio do posicionamento constitucional desigualdade de tratamento a brasileiros e estrangeiros residentes no país. Assim, observamos que a letra da Lei não

1 Vide VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, vol. III, p.166. RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 326.

2 Vide DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p.133.

3 Vide, a respeito da gratuidade de justiça no Direito Brasileiro, DEMO, Roberto Luís Luchi. "Assistência Judiciária Gratuita". *Revista dos Tribunais*. 2002, nº 797, São Paulo, p. 727-764.

contemplou os estrangeiros que não tenham residência no Brasil.

O critério para a concessão seria a hipossuficiência econômica. Nos termos do Artigo 2º da Lei o benefício deve ser concedido a todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Faz-se mister salientar que, para se identificar como necessitado com vistas à obtenção da assistência, é necessário tão somente uma simples afirmação nesse sentido, conforme o Artigo 4º e seus Parágrafos. O alcance do benefício em relação às fases do processo é determinado pelo Artigo 9º da lei, que afirma compreender “todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias”. Ou seja, ampla cobertura em todas as fases processuais.

Ponto interessante do estudo da matéria é a possibilidade de concessão do benefício a pessoas jurídicas, já que tradicionalmente, pelo menos, em sua origem, a gratuidade de justiça era prevista em prol de pessoas físicas hipossuficientes, na figura do indivíduo, beneficiário dos direitos humanos. A Lei não especifica, mas a doutrina e a jurisprudência têm considerado a aplicação de suas regras também a pessoas jurídicas⁴.

Como as pessoas jurídicas também possuem nacionalidade, surge a indagação se a concessão do benefício da gratuidade de justiça seria somente para pessoas jurídicas brasileiras ou também para pessoas jurídicas estrangeiras. Entendemos que as pessoas jurídicas estrangeiras domiciliadas no Brasil, tais como aquelas que possuem agência, filial ou sucursal no Brasil fariam jus ao benefício, em situação de hipossuficiência. Sobre a nacionalidade das pessoas jurídicas, cabe lembrar que no Direito Internacional Privado Brasileiro, adota-se o critério da constituição ou incorporação, no *caput* do Artigo 11 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), pelo qual se atribui a nacionalidade à pessoa jurídica e se lhe aplica a lei do país em que ela se constituir.

3.2. A gratuidade de justiça no novo código de processo civil

Como nova norma processual nacional, instituída pela Lei 13.105, de 16/03/2015, o Novo Código de Processo Civil tratou detalhadamente não somente da gratuidade de justiça, mas também da chamada cooperação internacional. Inclusive foram estabelecidos pontos de contato, que demonstram a preocupação do legislador processual com a repercussão da gratuidade de justiça no Direito Internacional Privado, mais precisamente, na seara do chamado Direito Processual Internacional.

⁴ Vide LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. “Da Concessão da Assistência Judiciária Gratuita às Pessoas Jurídicas e aos Entes Beneficentes”. *Revista dos Tribunais*. 1991, nº 674, p. 63-69.

O *caput* do Artigo 98 determina que “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”. Cabe reconhecer a precisão do legislador processual, que espancou qualquer dúvida quanto à restrição do benefício apenas a pessoas físicas/naturais. Quanto à extensão do benefício a estrangeiros, entendemos que estes poderão usufruí-lo sem restrições, uma vez que o próprio dispositivo não impôs condições para tal, como por exemplo, o requisito de residência no Brasil ou a necessidade de amparo em tratado internacional.

Quanto à caracterização da hipossuficiência, esta se dá pela impossibilidade de arcar com custas, despesas processuais e honorários advocatícios. O Parágrafo 1º do Artigo 98 indica a extensão do benefício, prevendo o que estaria amparado pela gratuidade, como por exemplo, as taxas, as custas judiciais, os selos postais, nas despesas com publicação na imprensa oficial, honorários advocatícios e de perito, remuneração de intérprete e tradutor, realização de prova pericial como exame de código genético – DNA -, etc.

Se por um lado, a concessão da gratuidade de justiça é favorecida porque o Artigo 98 pormenoriza os gastos dos quais o beneficiário poderá estar desonerado, e, o Artigo 99 Parágrafo 3º estabelece a presunção de veracidade da alegação de necessidade da pessoa natural; por outro lado, há margem para a flexibilização da concessão do benefício, ao possibilitar que ele seja apenas parcial, já que o Parágrafo 5º do Artigo 98 prevê a concessão para algum ou a todos os atos processuais, ou ainda a redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do feito. E o Parágrafo 6º do mesmo Artigo 98 confere ao magistrado a possibilidade de conferir à parte o direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento, o que pode vir a substituir ou mitigar a gratuidade *in totum*.

Um ponto que pode se mostrar adverso à gratuidade de justiça a estrangeiros, e, especificamente, delimitador do acesso à justiça é a chamada *cautio iudicatum solvi*. Nos moldes do Artigo 835 do Código de Processo Civil de 1973, o Novo Código de Processo Civil também exige, no Artigo 83 que o “autor, brasileiro ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou deixar de residir no país ao longo da tramitação de processo prestará caução suficiente ao pagamento das custas e dos honorários de advogado da parte contrária nas ações que propuser, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento”. Tal regra decorre das dificuldades práticas no campo do chamado conflito de jurisdições, onde têm importância os princípios da soberania e da efetividade, que, muitas vezes, dificultam a execução de dívidas contra determinada parte, caso seu patrimônio e/ou rendas estejam situados

principal ou totalmente em outro Estado estrangeiro. O objetivo é evitar a inadimplência, na hipótese de verbas sucumbenciais. O Parágrafo 1º desobriga a parte da prestação da caução quando houver dispensa prevista em tratado internacional de que o Brasil faça parte, na execução fundada em título extrajudicial e no cumprimento de sentença, bem como na reconvenção, uma vez que o réu reconvinde lança mão da reconvenção para defender direito, por ter sido provocado pela parte autora.

Ainda sobre a caução, é primordial observar que a exigência não é baseada essencialmente na nacionalidade estrangeira da parte, mas sim na possibilidade de se executar ou garantir o pagamento das verbas sucumbenciais em território nacional. Basta lembrar que a caução poderá ser exigida de brasileiro domiciliado no exterior.

A doutrina brasileira se debruçou sobre a reflexão quanto à constitucionalidade da exigência de caução de parte hipossuficiente, em razão da possibilidade de seu valor ser tão elevado que acabe impedindo o autor de acessar o judiciário. Rechsteiner⁵ entende que a norma, em si, não é atingida por vício de inconstitucionalidade, devendo então o juiz interpretá-la de acordo com a Constituição ao aplicá-la no caso concreto, fixando à caução um valor correspondente à capacidade econômica do autor residente no exterior. Esse entendimento, com o qual comungamos, é corroborado pela jurisprudência brasileira, que tradicionalmente afasta a obrigação de prestar caução de autores que tenham obtido a gratuidade de justiça, como é possível observar no acórdão proferido no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.017273-2, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. AUTOR RESIDENTE FORA DO BRASIL. ARTIGO 835 DO CPC. AJG.

1. De acordo com o artigo 835 do CPC, é de se considerar que sendo o agravado nacional ou estrangeiro, com residência fora do Brasil, deverá prestar caução suficiente às custas e honorários de advogado.

2. No caso, o agravante está abrigado pelo benefício da gratuidade da justiça, afastando o previsto no artigo 835 do CPC.

[...]

Trata-se de agravo de instrumento interposto [...] contra decisão [...] que, em sede de ação ordinária, determinou a prestação da caução de que trata o art. 835 do CPC relativa às custas e honorária, aplicando o princípio da efetividade, para garantir eventual execução em caso de insucesso na demanda de origem.

[...]

Tem razão a ora agravante. De fato, [...] foi deferido ao contribuinte o benefício da assistência judiciária gratuita, não havendo qualquer

⁵ RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 368.

notícia nos autos acerca de eventual revogação.

Desta feita, mesmo que, ao fim e ao cabo, a parte recorrente reste vencida na ação ordinária em que busca a liberação de automóvel apreendido, a condenação ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios estará suspensa, enquanto subsistente o benefício, não havendo falar então em adiantamento de tais verbas em forma de caução. Frente ao exposto, defiro a antecipação da tutela recursal para dispensar a parte de prestar a caução de que trata o art. 835 do CPC, enquanto litigar sob o manto da justiça gratuita.

Diversos tratados internacionais apresentam normas que visam eliminar a prestação de caução de processo, com o claro intuito de facilitar o acesso de estrangeiros ou de pessoas residentes no exterior à justiça local, em nome da cooperação jurídica internacional. Esses tratados permitem, usualmente, que a parte dispensada do pagamento de caução sofra execução privilegiada nos Estados contratantes, com vistas ao pagamento das despesas com o processo.

3.3. A concessão da gratuidade de justiça aos estrangeiros não residentes no Brasil

Uma discussão interessante se faz necessária, quanto à concessão do benefício da gratuidade de justiça a estrangeiros não residentes no Brasil, uma vez que o texto da Lei 1.060/50 se refere especificamente a “estrangeiros residentes no Brasil”, e, o Novo Código de Processo Civil, por sua vez, não exige a residência no Brasil para a concessão do benefício a estrangeiros. Pensamos que a posição do novo diploma legal é a mais acertada e em consonância com os valores que orientam nosso sistema jurídico. E que se alicerça na jurisprudência sobre o tema, conforme exposto abaixo.

A questão foi enfrentada no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2005.04.01.032610-6, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

[...] O art. 5º da Constituição federal, quando assegura os direitos e garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros residentes no País, não está a exigir o domicílio do estrangeiro. O significado do dispositivo constitucional, que consagra a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição. Até mesmo o estrangeiro em situação irregular no País, encontra-se protegido e a ele são assegurados os direitos e garantias fundamentais.

[...] Com efeito, a Constituição federal, em seu art. 4º, inciso II, afirma que a República Federativa do Brasil, em suas relações internacionais, rege-se pelo princípio da predominância dos direitos humanos. E não

é outra a declaração constante do Preâmbulo de nossa Carta de 1988, quando afirma a construção de um Estado Democrático de Direito, destinado a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança. O bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]” Ou quando o art. 3ª consagra que constituem objetivos da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária. Ou quando o art. 1º erige como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana.

A redação do Artigo 2º da Lei 1.060/50 é analisada no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível nº. 9080172-97.2005.8.26.0000, referente à impugnação do pedido de assistência jurídica gratuita:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. - Impugnação. - Benefício postulado por estrangeiro não domiciliado no país. - Cabimento. - Acesso à justiça que cabe ser proporcionado a todos, irrestritamente, sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º, LXXIV). - Artigo 2º da Lei nº 1.060/50 não recepcionado pela Carta Magna de 1988. - Impugnação à assistência judiciária gratuita improcedente. - Recurso provido para esse fim.

O Desembargador relator do caso contestou a aplicação do dispositivo para a impugnação de concessão do benefício da justiça gratuita a estrangeiro não domiciliado no Brasil, por entender que tal norma foi revogada pelo advento da Constituição Federal de 1988:

[...] Após ter sido acolhida em parte a impugnação ao benefício da assistência judiciária apresentada nos autos de embargos à execução hipotecária, opôs o banco credor embargos de declaração, sustentando ter havido omissão da r. sentença quanto à sua alegação na impugnação ofertada, de que a Lei nº 1.060/50 não admite a concessão do benefício a estrangeiros não residentes no país.

O MM. Juiz, então, acolheu os embargos, complementando a r. sentença, e julgando integralmente procedente a impugnação à gratuidade da justiça [...].

Ocorre que, o acesso à justiça por aqueles cuja situação econômica não permite estar em Juízo sem prejuízo de sua manutenção ou de sua família, está também previsto na Constituição Federal, artigo 5º, LXXIV, de forma mais ampla do que a prevista na norma infraconstitucional.

Disso se conclui que a intenção do legislador foi de proporcionar a todos os necessitados nos termos da lei, irrestritamente, sem distinção de qualquer natureza, inclusive estrangeiros não residentes em nosso território, o inafastável acesso à justiça.

De tal forma, tem-se que o artigo 2o da Lei nº 1.060/50 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, caso em que, também aos estrangeiros não residentes no país, é de ser deferido o benefício da assistência judiciária gratuita.[...]

Vale citar também o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na Apelação Cível nº 2007.70.02.004436-4/PR, que abordou a questão da interpretação do *caput* do Artigo 5º da Carta Magna:

CONSTITUCIONAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ESTRANGEIRO NÃO RESIDENTE NO PAÍS. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.

1. Se o acesso à Justiça se deu no território nacional - Foz do Iguaçu - e foram aplicadas à ação originária de indenização (2007.70.02.004463-4) as regras do Direito Brasileiro, não há como excepcionar a aplicação do benefício da assistência judiciária.

2. O art. 5º da Constituição Federal de 1988, que consagra a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição, motivo pelo qual torna-se discriminatória a não concessão do benefício ao autor.

O voto do Desembargador relator no acórdão foi favorável à concessão da gratuidade de justiça a estrangeiro não residente no Brasil e destacou o seguinte:

Ainda que o art. 2º da Lei nº 1.060/50 reze que somente os estrangeiros residentes no país têm direito a postular o benefício, há que se atentar para o disposto no art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal de 1988, o qual prevê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Ora, se o acesso à Justiça se deu no território nacional - em Foz do Iguaçu - e foram aplicadas à ação originária de indenização (2007.70.02.004463-4) as regras do Direito Brasileiro, não há como excepcionar a aplicação do benefício da assistência judiciária.

Ainda sobre o supracitado dispositivo, destacamos também os ensinamentos de Roberto Luis Luchi Demo, extraídos da RT 797/743:

O art. 2o, *caput*, menciona os nacionais e os estrangeiros residentes no país, como beneficiários. Não menciona o estrangeiro não-residente e de passagem no Brasil, tampouco o apátrida. Entretanto, a estes também se estende o benefício, por força do art. 5o, *caput*, CF/88, independentemente de convênios de reciprocidade de assistência

judiciária gratuita: *lex dixit minusquamvoluit*.

[...] Apesar de referir somente o estrangeiro residente no país, foi estendido ao não-residente:

“Estrangeiro. Igualdade de direitos dos cidadãos brasileiros. Devido processo legal. A Constituição garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, mesmo quando a permanência destes for temporária, igualdade perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, inclusive quanto ao devido processo legal, assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (TRF 4ª Reg., HC 2000.04.01.0040508-2-RS, rei. Juiz Amir José Finocchiaro, 1ª T, DJ 05.07.2000, p. 233); e “Mandado de segurança e estrangeiro residente no exterior. A Turma, ao julgar recurso extraordinário, manteve acórdão proferido pelo TRF 3ª Reg. Que assegurara a estrangeiro não residente no país o direito de impetrar mandado de segurança” (STF, RE 215.267-SP, rei. Min. Ellen Gracie, 1ª T, Informativo STF 225).

Deste modo, entendemos que há posição jurisprudencial que aceita amplamente o entendimento de que se garante a aplicação do princípio da igualdade entre brasileiros e estrangeiros, sejam esses residentes ou não em solo brasileiro. O que nos leva a concluir que o Artigo 2º da Lei 1.060/50 não teria sido recepcionado pela Constituição Federal, na medida em que o Inciso LXXIV do Artigo 5º confere a todos aqueles que assim o necessitarem, incluindo estrangeiros não residentes no Brasil, o direito à gratuidade de justiça e à assistência jurídica gratuita.

4. DIREITO CONVENCIONAL REFERENTE À GRATUIDADE DE JUSTIÇA APLICADO NO BRASIL

Um grande fenômeno atual é a cooperação jurídica entre os Estados, com vistas a sanar conflitos com elementos de estraneidade. Nessa seara, os Estados têm celebrado diversos tratados multilaterais e bilaterais, com Estados com os quais tenham relações mais estreitas e um maior comércio jurídico. A idéia que permeia a cooperação jurídica internacional é simplificar e dar celeridade aos procedimentos e atos, em benefício das partes, as quais se pretende oferecer melhores mecanismos de acesso à justiça. Neste diapasão, merece destaque o benefício da gratuidade de justiça, conforme destacado pelo Artigo 26, Inciso II do Novo Código de Processo Civil, que prevê que a cooperação se dará por tratados dos quais o Brasil seja parte, respeitando-se “a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados”. Cabe registrar que a cooperação jurídica internacional não está limitada às hipóteses de tratados internacionais, conforme dispõe o Parágrafo 1º deste Artigo.

4.1. Tratados multilaterais

Com relação a tratados multilaterais que prevejam a gratuidade de justiça, podemos destacar os seguintes: a Convenção Interamericana sobre Direito Internacional Privado de 1928, que instituiu o Código Bustamante, congregando vários países das Américas⁶, entre eles o Brasil, que a aprovou pelo Decreto nº 5.647, de 08/01/29, e a promulgou pelo Decreto nº 18.871, de 13/08/29; a Convenção das Nações Unidas sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro de 1956, que o Brasil aprovou pelo Decreto nº 10, de 13/11/58, e, promulgou pelo Decreto nº 56.826, de 02/09/65; a Convenção da Haia sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Menores de 1980, aprovada pelo Decreto nº 79, de 15/09/99, e, promulgada pelo Decreto nº 3.413, de 13/04/00; a Convenção da Haia sobre o Acesso Internacional à Justiça de 1980, aprovada pelo Decreto nº 658, de 01/09/10, e, promulgada pelo Decreto nº 8.343, de 13/11/14.

O Código Bustamante, ao abarcar diversos temas num formato de código, cuida do tema do acesso à justiça para estrangeiros, dentro do Livro de Direito Processual, no Título quarto do Livro IV, nomeado “Do direito de comparecer em juízo e suas modalidades”. O art. 382 do Código estabelece que “os nacionais de cada Estado contratante gozarão, em cada um dos outros, do benefício da assistência judiciária, nas mesmas condições dos naturais”. Os Artigos 384 e 385, por sua vez, prevêem a igualdade de condições entre estrangeiros e nacionais para solicitar o exercício de ação em matéria penal, enquanto que o Artigo 383 e os Artigos 385 a 387 estabelecem que a prestação de fiança para o comparecimento em juízo, a prestação de caução de processo, a imposição do *onus probandi* e medidas processuais de índole análoga não podem ser discriminatoriamente aplicadas somente pela condição de estrangeiro de um indivíduo.

A Convenção de Nova York sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro de 1956 inovou no Artigo II, ao criar as Autoridades Centrais (chamadas de “autoridades remetentes” e “instituições intermediárias” no texto da convenção), que são instituições internas, de caráter jurídico ou administrativo, indicadas pelos Estados-membros. O Artigo IX da Convenção estabelece regras que proporcionam isenções e facilidades aos demandantes, garantindo, àqueles que não teriam condições de arcar com as custas processuais, o acesso à justiça em causas referentes à prestação de alimentos, matéria que por sua natureza, normalmente, já envolve partes que necessitam de auxílio financeiro. Vale destacar que a norma não faz referência à nacionalidade dos demandantes. A Convenção, em seu Artigo I, estabelece que o demandante é pessoa “que

⁶ Bolívia, Chile, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana e Venezuela.

se encontra no território de uma das partes contratantes”. Portanto, o demandante gozará do benefício da igualdade de tratamento processual em relação aos residentes do Estado no qual a ação foi intentada, qualquer que seja sua nacionalidade. O Inciso 2 do Artigo IX, por sua vez, veda a exigência da caução de processo ou de qualquer outra forma de garantia ao pagamento das despesas do processo, em face do demandante, seja ele estrangeiro ou não residente no foro. Cabe mencionar ainda o Artigo X, que estabelece que os Estados-membros devem conceder “máxima prioridade” à transferência de fundos destinados ao pagamento de alimentos, ou à cobertura das despesas processuais relacionadas, devendo ser superada qualquer restrição que as legislações internas imponham à transferência de fundos para o estrangeiro.

A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores de 1980 cuida especificamente do sequestro de menores entre os Estados-Contratantes, evitando-se a discussão acerca da guarda dos menores sequestrados. Quanto às despesas nos procedimentos relativos à aplicação da Convenção, vale mencionar o exposto em seus Artigos 22, 25 e 26. O Artigo 22 veda a imposição de caução ou depósito para garantir o pagamento de custas e despesas relativas aos processos judiciais ou administrativos decorrentes da Convenção. O Artigo 25 estabelece a igualdade de tratamento entre nacionais e residentes dos Estados-Contratantes, no tocante à assistência judiciária e jurídica. O Artigo 26, por sua vez, veda a exigência do pagamento de custas pela apresentação do pedido de restituição do menor ou de custas e despesas relacionadas ao processo. Sem embargo, as despesas ocasionadas pelo retorno da criança, por sua vez, poderão ser cobradas. Ainda é possibilitado ao Estado impor ao requerido o pagamento das despesas efetuadas pelo requerente, bem como os custos e despesas incorridos na localização da criança.

A Convenção da Haia sobre o Acesso Internacional à Justiça de 1980 é o mais importante instrumento jurídico internacional sobre o tema. Seu Artigo 1º dispõe que os nacionais e residentes habituais de um Estado contratante, em processos de natureza civil ou comercial, devem ter acesso à assistência jurídica nos demais países signatários, nas mesmas condições de seus nacionais e residentes habituais. Os Artigos 3º a 13º estabelecem mecanismos de transmissão de pedidos de assistência jurídica, feitos pelo tradicional recurso às autoridades centrais, já consagrado pelas Convenções da Haia. No intuito de dar celeridade e simplificar os trâmites de cooperação, fica dispensada a legalização, ou qualquer outra formalidade análoga, da documentação enviada por meio desses mecanismos, e, não se impede que o pedido seja transmitido por vias diplomáticas ou consulares.

Em relação às despesas com o procedimento, o Artigo 11 estipula que nenhuma cobrança deve ser feita pela transmissão, recepção ou

determinação de pedidos de assistência jurídica. A convenção, em seu Artigo 14, veda a exigência de qualquer tipo de garantia, caução ou depósito, em razão da nacionalidade, ou, da residência ou domicílio em território estrangeiro, de pessoas (inclusive pessoas jurídicas) que tenham residência habitual em um dos países signatários e sejam parte de processo em corte ou tribunal de outro Estado contratante. Os Artigos 15, 16 e 17, por sua vez, estabelecem um mecanismo, via autoridades centrais, de cobrança de custas e despesas do processo daquelas pessoas eximidas da prestação de caução, sem custos para o beneficiário da ordem de pagamento. O Artigo 19 estabelece que nacionais ou residentes habituais de um dos países signatários só podem ser presos ou detidos em razão de questões de natureza civil ou comercial, seja como meio de execução forçada ou como forma de precaução, se, nas mesmas circunstâncias, tais medidas podem ser aplicadas contra os nacionais do Estado contratante que as determinou. Do mesmo modo, qualquer fato que possa ser invocado por um nacional ou residente habitual deste Estado para obter soltura também pode ser invocado com o mesmo efeito por nacional ou residente habitual de qualquer outro país signatário, ainda que o fato tenha ocorrido no estrangeiro.

4.2. Tratados no âmbito do MERCOSUL

O primeiro e mais importante acordo entre os países do MERCOSUL em matéria processual civil foi o Protocolo sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, assinado em 27 de junho de 1992 em Las Leñas, Argentina, e, aprovado no Brasil pelo Decreto nº 55, de 19/04/95, e, promulgado pelo Decreto nº 2.067, de 12/11/96.

Em 5 de julho de 2002, ao mesmo tempo em que o acordo original foi emendado, foi celebrado, em Buenos Aires, o Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile, que reproduz as regras do Protocolo de Las Leñas, com pequenas alterações, além de incluir estes dois últimos países não pertencentes ao bloco, como “Estados associados”. O Acordo foi aprovado, no Brasil, pelo Decreto nº 1.021, de 24/11/05, e, promulgado pelo Decreto nº 6.891 de 02/07/09. Em 2008, o Equador também aderiu a este acordo. Apesar da posterior aprovação da inclusão da Venezuela e da Bolívia no bloco, a Bolívia ainda não completou seu processo de adesão ao bloco. O Protocolo, originalmente, não abordava de maneira expressa a questão da gratuidade de justiça. Uma das raras alterações sofridas pelo Protocolo de Las Leñas, quando da assinatura do Acordo de Buenos Aires, se deu na redação do Artigo 3º, incluindo entre os sujeitos do direito ao livre acesso à jurisdição dos Estados Partes seus nacionais, onde quer que

se encontrem domiciliados, e, os residentes habituais.

Outro instrumento do bloco é o Protocolo de Medidas Cautelares, celebrado pelos Estados Partes do MERCOSUL, em 16 de outubro de 1994. O Protocolo foi aprovado pelo Decreto nº 192, de 15/12/95, e, promulgado pelo Decreto nº 2.626, de 15/06/98. Ele visa prover medidas de urgência e evitar irreparabilidade do dano, dentro do bloco. Apesar de o Artigo 24 do Protocolo estabelecer que as custas e demais despesas cabem à parte solicitante da medida cautelar, o Artigo 25 excetua da regra as medidas cautelares requeridas em matéria de alimentos provisionais, localização e restituição de menores e aquelas que solicitem as pessoas que, no Estado requerente, tenham obtido o benefício da justiça gratuita.

Em matéria de gratuidade de justiça, os documentos mais importantes são dois acordos sobre gratuidade de justiça, na cidade de Florianópolis, em 15 de dezembro de 2000, que dispõe extensivamente sobre gratuidade de justiça e assistência jurídica de forma mais completa. O primeiro acordo dispõe sobre o benefício entre os membros do bloco (aprovado pelo Brasil pelo Decreto nº 146, de 06/02/04, e, promulgado pelo Decreto nº 6.086, de 19/04/07), e, o segundo acordo entre estes e Bolívia e Chile (aprovado, no Brasil, pelo Decreto nº 292, de 12/07/06, e, promulgado, pelo Decreto nº 6.679, de 08/12/08).

O foco do Acordo de Florianópolis foi uniformizar as normas aplicáveis entre os Estados-Partes do MERCOSUL, Chile e Bolívia, sobre o benefício da justiça gratuita e a assistência jurídica gratuita com vistas a promover e intensificar a cooperação jurisdicional e fortalecer o processo de integração, visando a inclusão dos mais necessitados. O Artigo 1º estabelece o tratamento igualitário entre os nacionais, cidadãos e residentes habituais de qualquer dos Estados-Partes, Chile e Bolívia. Deve ser ressaltada a abrangência do dispositivo, ao utilizar tanto o critério da nacionalidade quanto o da residência habitual. O acordo estabelece, nos artigos subsequentes, regras para a concessão do benefício da justiça gratuita. O Artigo 2º define como competente para decidir quanto à concessão ou não da gratuidade a autoridade do Estado Parte que tenha jurisdição para conhecer o processo no qual esteja sendo solicitada. Pela consagrada aplicação da *lex fori* a questões processuais, será aplicado o direito do Estado no qual se solicita o benefício para o pedido, segundo o Artigo 3º, ou seja, o direito que rege a oportunidade processual para apresentar o requerimento do benefício, os fatos em que deve se fundamentar, o caráter da resolução, a assessoria e a defesa a que terá direito o beneficiário e as demais questões processuais, bem como as regras para a revogação do benefício. Também é tratada, nos artigos 4º a 9º do Acordo, a natureza extraterritorial da gratuidade de justiça. Nos processos em que sejam solicitadas medidas cautelares, recepção de provas no exterior ou quaisquer outras medidas de cooperação tramitadas por meio de cartas rogatórias, é garantido o reconhecimento,

por parte do Estado requerido, do benefício da justiça gratuita concedido pelo Estado Parte requerente. O benefício também deverá ser mantido nos casos de reconhecimento e execução de sentença por outro Estado Parte, de acordo com os Artigos 4º e 5º. O Artigo 12 do Acordo possibilita o pedido de informações sobre a situação econômica dos requerentes da gratuidade de justiça entre os Estados vinculados pelo Acordo.

4.3. Tratados bilaterais

Além das convenções multilaterais, é interessante analisar tratados bilaterais firmados entre o Brasil e outros Estados, visando uma cooperação jurídica mais pontual e específica. Dentre esses diplomas, alguns devem ser expostos, devido à sua relevância para a questão da gratuidade de justiça e da assistência jurídica gratuita.

O primeiro deles é a Convenção entre o Brasil e a Bélgica sobre Assistência Judiciária Gratuita, firmada em 10 de janeiro de 1955, aprovada pelo Decreto nº 01, de 07/02/57, e, promulgada pelo Decreto nº 14.908, de 29/07/57. O diploma garante a igualdade de condições no acesso ao benefício aos nacionais de cada país, estabelecendo os procedimentos e as autoridades a serem contatadas para tanto.

Nos mesmos termos, o governo brasileiro também firmou a Convenção entre o Brasil e os Países Baixos, relativa à Assistência Judiciária Gratuita, em 16 de março de 1959, aprovada pelo Decreto nº 23, de 23/10/63, e, promulgada pelo Decreto nº 53.923, de 20/05/64; bem como a Convenção entre o Brasil e a Argentina sobre Assistência Judiciária Gratuita, em 15 de novembro de 1961, aprovada pelo Decreto nº 53, de 31/08/64, e, promulgada pelo Decreto nº 62.978, de 11/07/68.

O Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa celebrado entre o Uruguai e o Brasil em 28 de dezembro de 1992, aprovado pelo Decreto nº 77, de 09/05/95, e, promulgado pelo Decreto nº 1.850, de 10/04/96, trouxe, em seu Capítulo VI, normas garantindo a igualdade de tratamento processual entre pessoas físicas com cidadania ou residência habitual em um dos países, bem como pessoas jurídicas legalmente constituídas, para o acesso à jurisdição dos Estados, vedando ainda a possibilidade da exigência de caução ou depósito para o ingresso em juízo.

O Acordo de Cooperação em Matéria Civil entre o Brasil e a França, celebrado em 28 de maio de 1996, aprovado pelo Decreto nº 163, de 03/08/00, e, promulgado pelo Decreto nº 3.598, de 12/09/00, traz em seus Artigos 4º e 5º a previsão de igualdade no tratamento jurídico e vedação à caução para seus nacionais. Garante ainda, nos artigos subsequentes, o direito ao benefício da assistência jurídica gratuita nas mesmas condições do nacional do Estado onde o benefício esteja sendo solicitado.

A tendência natural, todavia, é que esses tratados venham a ser substituídos por convenções multilaterais, ampliando a aplicação do acesso internacional à justiça e dos mecanismos de cooperação jurídica relativos ao tema. Não há a necessidade de aplicação, por exemplo, especificamente para gratuidade de justiça, da Convenção entre o Brasil e a Argentina de 1961, nem do Acordo de Cooperação entre o Brasil e o Uruguai de 1991, tendo em vista a superveniência das normas vigentes no MERCOSUL. O mesmo ocorre com relação aos supramencionados tratados celebrados com Bélgica, Holanda e França, em razão da entrada em vigor para o Brasil, da Convenção da Haia sobre o Acesso Internacional da Justiça de 1980. Cabe observar ainda a persistência destes tratados bilaterais para outros temas que não sejam o tema específico da gratuidade de justiça, e, que não tenham sido suplantados por tratado posterior em vigor, entre os mesmos Estados-Partes.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, concluímos que, no âmbito do Direito Brasileiro, o benefício é concedido aos estrangeiros, de maneira ampla.

Tal concessão bastante democrática a brasileiros e estrangeiros nos parece muito apropriada e positiva, num mundo onde os direitos humanos devem prevalecer e beneficiar a todos sem distinção. Principalmente, se considerarmos que o Brasil é, há algum tempo, um polo imigratório regional, e, de certa forma internacional, em razão do grande número de estrangeiros, das mais diversas procedências, que têm buscado migrar para o país, nos últimos anos.

Não podemos deixar de considerar também que, numa fase de prolongada crise econômica mundial, é cada vez maior o número de pessoas – físicas e jurídicas – que necessitarão de assistência jurídica gratuita, para buscarem seus direitos em juízo. E que não verão, necessariamente, suas demandas jurídicas diminuírem, na mesma proporção de sua renda. Ou seja, mesmo hipossuficientes, poderão precisar do benefício, para os mais diversos fins, e, mesmo, com urgência.

Por fim, cabe registrar que, ao se posicionar pela concessão do benefício da gratuidade de justiça a brasileiros, estrangeiros – e, seguramente, também a apátridas, sem distinção –, o Brasil se alinha com avançados e respeitados sistemas jurídicos que assim o fazem, de longa data, além de também se ajustar às regras estabelecidas em vários tratados internacionais de ampla utilização no cenário internacional. E bastante louvável é a posição adotada pelo legislador processual civil, que disciplinou, minuciosamente, a concessão do benefício da gratuidade de justiça no Brasil a pessoas estrangeiras, sejam elas naturais ou jurídicas, independentemente de domicílio no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DEMO, Roberto Luís Luchi. “Assistência Judiciária Gratuita”. *Revista dos Tribunais*. 2002, nº 797, p. 727-764.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. “Da Concessão da Assistência Judiciária Gratuita às Pessoas Jurídicas e aos Entes Beneficiários”. *Revista dos Tribunais*. 1991, nº 674, p. 63-69.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, vol III.

EL PACTO DE EXCLUSIVIDAD DESDE LA ÓPTICA DE LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE COMPETENCIA

O PACTO DE EXCLUSIVIDADE A PARTIR DA PERSPECTIVA DA NOVA LEI DE CONCORRÊNCIA

*Linda Ríos Montania**

Resumen: *El bien jurídico protegido por la nueva ley de Defensa de Competencia es la economía de mercado. Lo que se busca finalmente es la eficiencia en la competencia y toda conducta que vaya en detrimento de ella debe ser combatida en aras de preservar el interés general. Las conductas prohibidas son las prácticas de posición dominante, las regulaciones en materia de concentraciones y el abuso de posición dominante.*

Por su parte la ley 194/93 de contratos de representación, agencia y distribución establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay; resulta muy protectora para las empresas domiciliadas en la República del Paraguay, según las firmas extranjeras, ya que les genera un desequilibrio y desigualdad, por violar supuestamente el régimen de igualdad de oportunidades y el de la libre competencia. Y es allí donde toca el derecho a la defensa de competencia ya que la nueva ley prohíbe el abuso de posición dominante, y todas las conductas, acuerdos o prácticas que sean restrictivas de la competencia y el abuso de una posición dominante en todo o en parte del mercado relevante; son algunas de las cuestiones que determinaron la conveniencia del estudio de las referidas leyes, y su profundización en aspectos sustantivos.

Resumo: *O bem jurídico protegido pela nova lei de Defesa da Concorrência é a economia de mercado. O que busca-se finalmente é a eficiência na concorrência, e toda conduta que fosse em detrimento dela deve ser combatida em objeto de preservar o interesse geral. As condutas proibidas são as práticas de posição dominante, as regulações em matéria de concentrações e o abuso da posição dominante.*

Pela sua parte a lei 194/93 de contratos de representação, agência e

* Abogada. Especialista en Derecho Civil y Comercial. Cursando la Maestría en Derecho Civil y Comercial. Relatora del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial Sexta Sala, de la Capital. Pasante del Proyecto Digesto Jurídico del Ministerio de Industria y Comercio – Paraguay. E-mail: lindariosm7@gmail.com

distribuição estabelece o regime legal das relações contratuais entre fabricantes e marcas do exterior e pessoas físicas o jurídicas estabelecidas no Paraguai; resulta muito protetora às empresas domiciliadas na República do Paraguai segundo as firmas estrangeiras, já que gera para eles um desequilíbrio e desigualdade, por violar supostamente o regime da igualdade de oportunidades e da livre concorrência. E, é ali onde toca o direito à defesa da concorrência já que a nova lei proíbe o abuso da posição dominante, e todas as condutas, acordos ou práticas que sejam restritivas da concorrência e o abuso de uma posição dominante em todo ou numa parte do mercado relevante; são algumas das questões que determinaram a conveniência do estúdio das referidas leis, e seu aprofundamento em aspectos substantivos.

Palabras clave: Contrato de agencia, Contrato de representación, Contrato de distribución, Pacto de exclusividad, Cláusula de compromiso de no competencia, Defensa de competencia, Paraguay

Palavras-chave: Contrato de agência, Contrato de representação, Contrato de distribuição, Pacto de exclusividade, Cláusula de exclusividade de não competência, Defesa da concorrência, Paraguai

1. INTRODUCCIÓN

La globalización consiste en un proceso político, económico, social y ecológico, donde cada vez existe una mayor interrelación económica a nivel mundial.

Con el auge del comercio en Paraguay la cantidad de importación de productos o servicios extranjeros ha aumentado considerablemente, dando inicio a las relaciones contractuales con empresas nacionales, así este tipo de contratos mercantiles ha adquirido especial relevancia.

La legislación paraguaya regula ese tipo de relaciones contractuales en la Ley N° 194/93 por el cual “*se definen las relaciones contractuales para la promoción, venta o colocación dentro del país o de otra área determinada, de productos o servicios, proveídos por fabricantes y firmas extranjeras por medio de representantes, agentes o distribuidores domiciliados en la república*”.

Los contratos de representación, agencia y distribución son relativamente modernos ya que datan del Siglo XIX, éstos son un nexo entre el productor industrial y el consumidor final, y lo que se busca con este tipo de negocios internacionales es fortalecer la economía de la red comercial con la expansión del comercio internacional.

Este tipo de contratos son necesarios, y para minimizar futuros conflictos entre las partes, suelen pactarse cláusulas con respecto al territorio, la duración, gastos, inversiones publicitarias, cláusulas de no

competencia, causales de terminación y pactos de exclusividad.

Este último *-pacto de exclusividad-* ha generado problemáticas desde la óptica de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, surgiendo nuevas interrogantes que nuestra jurisprudencia nacional aún no ha podido contestar, evidentemente se ha ampliado el campo de debate, partiendo de esta problemática en el presente artículo se intenta exponer desde la comparación de otras experiencias -Comunidad Europea y legislación comparada- una solución jurídica razonable.

2. CONTRATO DE REPRESENTACIÓN

De conformidad al Artículo 2° de la Ley 194/93 “*se entiende por:*
a) *Representación: La autorización otorgada por el contrato, debidamente Instrumentada, para que una persona natural o jurídica domiciliada en la República, gestione y realice transacciones comerciales para la promoción venta o colocación, dentro del país o en cualquier otra área determinada de productos y servicios proveídos por un fabricante o firma extranjera...*”

Deviene entonces que se trata de un contrato consensual, gratuito o retribuido, unilateral o bilateral, según sea o no retribuido.

En el contrato de representación existe posibilidad de que el representante concluya y negocie las operaciones en nombre de su representado ofreciendo estrictamente lo que está establecido en las cláusulas del contrato y de las condiciones de venta previamente establecidas.

Las Cláusulas comunes son:

- a) objeto del contrato,
- b) exclusividad y territorio,
- c) compromiso de no competencia,
- d) material promocional y muestras,
- e) negociación de operaciones,
- f) aprobación de operaciones,
- g) gestión de cobros,
- h) remuneración del representante,
- i) cálculo de comisiones,
- j) fecha y pago de comisiones,
- k) gastos de gestión de comisiones,
- l) duración del contrato,
- m) indemnizaciones,
- n) ley aplicable jurisdicción competente e
- o) idiomas.

El *objeto del contrato* es intermediar en la gestión, realización o conclusión de negocios o contratos por ello se encuentra facultado para celebrar contratos en nombre del fabricante/firma extranjera.

La Empresa fabricante o firma extranjera al otorgar por contrato

la autorización para que éste le gestione y realice transacciones comerciales, lo hace porque está interesada en expandir las ventas a los mercados internacionales.

El representante debe actuar con buena fe, responde de su conducta rindiendo cuentas a su representado abonando lo percibido en virtud del contrato. Siempre que actúe en nombre del fabricante o firma extranjera, debe hacerlo con debida diligencia comunicando a la firma extranjera la información que disponga, debe someterse a las condiciones de venta y formas que ésta determine, y debe cumplir con los objetivos fijados en el contrato cuyo incumplimiento conlleva a la revocación o modificación unilateral del contrato, pudiendo además el fabricante o firma extranjera negarse a prorrogar la representación.

El representante no responde el buen fin de las operaciones salvo que haya sido estipulado que sí. La firma extranjera por su parte debe responder frente a las obligaciones que contrajo su representante en su nombre. El Representante debe actuar con los terceros en nombre, por cuenta y en representación del fabricante o firma extranjera que lo ha autorizado así por contrato. En este caso las relaciones se forman directamente entre el representante y los terceros. Si el representante actúa con los terceros por su propio nombre, él se obliga personalmente con los terceros. El representante debe trasladar cualquier tipo de reclamos a la empresa fabricante o firma extranjera. Está prohibido que represente a fabricantes o firmas extranjeras que tengan productos competitivos, lo que le está permitido es trabajar para varias empresas pero que sus productos no sean competitivos entre sí.

3. CONTRATO DE AGENCIA

De conformidad al Artículo 2º de la Ley 194/93 “*se entiende por: b) Agencia: La relación contractual, debidamente instrumentada, por la cual un fabricante o firma extranjera faculta a una persona natural o jurídica, domiciliada en la República, a intermediar en la gestión, realización o conclusión de negocios o contratos con clientes, dentro del país o cualquier otra área determinada, para la promoción, venta o colocación de productos o servicios, mediando el pago de una comisión...*”

Manuel Brosetta Pont lo define como “*Aquel en virtud del cual un empresario mercantil asume, de modo permanente y mediante retribución, la tarea de promover y concertar contratos en nombre y por cuenta de otros, en una zona determinada*”¹.

Nos encontramos ante un contrato típico, que según nuestro código civil las relaciones deben estar pactadas en un contrato, por lo que surgen derechos y obligaciones para ambas partes.

¹ RIBO DURAN, L y FERNANDEZ, J., *Diccionario de Derecho Empresarial*. Barcelona: Edit. Bosch, 1998, p. 479.

Por un lado *obligaciones del agente* de velar por los intereses del fabricante o firma extranjera, comunicarle de todo lo actuado, actuar con debida diligencia en las operaciones que se le confían, seguir las instrucciones encomendadas y llevar contabilidad de sus operaciones. Sus *derechos* son los de obtener una remuneración económica por sus gestiones, la limitación contractual de la competencia en el sentido de que deberá ejercer su actividad – de forma exclusiva o no- para el fabricante o firma extranjera en el territorio que se delimita en el Contrato e indemnización en caso de que la firma extranjera cancele, revoque, modifique o negarse a prorrogar la agencia unilateralmente sin expresión de causa.

Por otro lado *obligaciones del fabricante o firma extranjera* de poner con anticipación los catálogos y tarifas para el ejercicio de la promoción, venta o colocación de los productos o servicios. Otorgar la información necesaria al agente para la ejecución de las gestiones y pagar la remuneración pactada en el contrato en tiempo y forma.

4. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

La Ley 194/93 en el artículo 2° prevé al contrato de distribución en los siguientes términos: “c) *Distribución: La relación contractual, debidamente instrumentada, entre un fabricante o firma extranjera y una persona natural o jurídica domiciliada en la República, para la compra o consignación de productos, con el fin de revenderlo dentro del país o en cualquiera otra área determinada*”.

De ello surge, que es un contrato mercantil *innominado* –ya que si bien la ley se refiere a ella de forma autónoma no lo regula expresamente², se puede definir como un negocio jurídico en el cual dos personas –ya sean físicas o jurídicas- colaboran de forma permanente y continua, tanto el proveedor –firma extranjera- como el distribuidor –nacional- actúan por cuenta propia y son independientes.

El proveedor cede la comercialización de los productos o servicios de los cuales es titular, al distribuidor para la compra o consignación con el fin de revenderlo dentro del territorio determinado en el contrato, obteniendo así éste el beneficio de reventa.

5. ANÁLISIS JURÍDICO DE LEY 194/93

La ley N° 194/93 regula las relaciones contractuales para la promoción, venta o colocación dentro del país de productos o servicios proveídos por firmas extranjeras y las empresas domiciliadas en la República y, los modos de conclusión de los contratos de representación,

2 JIMENEZ, Eugenio. *Contratos y títulos de crédito*. 2ª ed. Asunción: Editorial Intercontinental, 2014, p. 497.

agencia y distribución, fijando pautas para el pago de una indemnización en caso del cese sin expresión de causa.

Para que la relación contractual caiga en órbita de la Ley el elemento distintivo es la existencia de un fabricante o firma extranjera.

Nuestra ley prevé un régimen mínimo de indemnización –fijadas de acuerdo a pautas de la duración del vínculo y el promedio de las utilidades brutas anuales durante los tres últimos años -si se trata de una terminación injustificada de la vinculación³.

Además prevé que si mediare incumplimiento de las cláusulas del contrato de representación, agencia o distribución derivado de fraude o abuso de confianza en las gestiones, ineptitud o negligencia del representante en la venta de los productos o servicios, se indique una disminución continuada de venta o distribución de los productos por motivos imputables al representante, agente o distribuidor, o conflicto de intereses; el fabricante o firma extranjera no estará obligado al pago de la indemnización, exigiendo un previo requerimiento al representante, agente o distribuidor de solucionar primeramente la causal invocada⁴. En el proyecto de modificación de la ley se pretende incluir la exención de responsabilidad del representante, agente o distribuidor cuando los mismos cumplan con el promedio de ventas de los últimos años, aun cuando las metas hubieran sido superiores.

El Art. 9 de la Ley establece que si bien *las partes pueden reglar*

3 PARAGUAY. Ley 194/93, de 06 de julio de 1993, por el cual se establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay. Artículo 4° que establece: “*Todo fabricante o firma extranjera que fuese parte de alguna de las relaciones contractuales, indicadas en el Art. 2° de esta Ley, podrá cancelar, revocar, modificar o negarse a prorrogar la representación, agencia o distribución, sin expresión de causa, pero estará obligado, en este caso, a pagar una indemnización que se fijara de acuerdo con las siguientes pautas: a) Duración de la Representación, Agencia o Distribución de los productos correspondientes al fabricante o firma extranjera, en escala ascendente por periodos de dos a cinco años, de más de cinco a diez años, de más de diez a veinte años, de más de veinte a treinta años, de más de treinta a cincuenta años y más de cincuenta años; y, b) Promedio de las utilidades brutas anuales obtenidas por la Representación, Agencia o Distribución durante los tres últimos años de ejercicio de alguna de ellas. Estas pautas servirán para establecer el monto mínimo de la indemnización por la vía judicial o arbitral*”.

4 *Ibid.*, Artículo 6° que establece: “*Todo fabricante o firma extranjera que estuviere comprendido en alguna de las relaciones indicadas en el Art. 2° de esta Ley, podrá cancelar, revocar, modificar o negarse a prorrogar la Representación... con justa causa, sin estar obligado a pagar indemnización alguna invocando las causales que más abajo se indican: a) El incumplimiento de las cláusulas del contrato en cuya virtud se hubiere conferido la Representación... b) El fraude o negligencia del representante... en la venta de los productos o la prestación de servicios que correspondan; d) la disminución continuada de la venta o distribución de los artículos por motivos imputables al Representante... sin embargo, los nombrados no serán responsables por la disminución de las ventas cuando se establezcan cuotas o restricciones a la importación y las ventas se vean inevitablemente afectadas por causas fortuitas o de fuerza mayor debidamente justificadas; e) Cualquier acto imputable al Representante... que redunde en perjuicio de la buena marcha de la introducción, venta, distribución de productos o prestación de servicios objeto de la relación; Y f) conflicto de intereses por la Representación... de productos o la prestación de servicios que se encuentren en línea de competencia con los productos o servicios objeto de la relación*”.

libremente sus derechos mediante el contrato, son irrenunciables los derechos por ella concedidos a representantes, agentes o distribuidos nacionales.

6. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA LEY 194/93 Y LA LEY 4956/2013 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Ha surgido una polémica con las firmas extranjeras porque ellos defienden la teoría de que esta ley resulta muy protectora para las empresas domiciliadas en la República, generando así un desequilibrio y desigualdad, ya que supuestamente viola el régimen de igualdad de oportunidades y el de la libre competencia, sin embargo la Corte Suprema de Justicia ha dejado en claro que no resulta lógico pensar que los fabricantes extranjeros se vean perjudicados por la ley, ya que *a contrario sensu* lo que hace es proteger el relacionamiento entre las partes, dejando la exclusividad al arbitrio de la autonomía de la voluntad de las partes, la obligatoriedad de la competencia de los Tribunales en el lugar de ejecución del contrato, y, en caso de que existan perjuicios económicos a la empresa domiciliada en la República la fijación de pautas para la compensación con el pago de indemnización además de eximentes de la responsabilidad en caso de que existan causales de exoneración. De todo ello surge que la ley es constitucional, se halla dirigida al relacionamiento de ambas partes y otorga a los fabricantes extranjeros el trato igualitario.

La Corte Suprema de Justicia ha declarado la constitucionalidad de dicha disposición en un excelente fallo.

“El relacionamiento entre las partes puede ir más allá de esta operación. El mismo debe hallarse instrumentado. En cuanto al Art. 9° que pretende elevar a la referida Ley a la categoría de orden Público, esta se encuentra revestida de esta característica, por haber sido dictada por el poder público. No está dada en defensa de intereses particulares, rige para todas las personas en general. Que, en relación a los Arts. 3° y 11°, éstos no violan el régimen de igualdad de oportunidades, ni la libre competencia. El Art. 3° establece que los representantes ...” podrán ser exclusivos...”, dejando a la voluntad de las partes conforme al acuerdo en que llegaren y el Art. 11° al disponer la exigencia de la inscripción en el Registro público los documentos y contratos está brindando seguridad Jurídica a las partes y terceros. Que, en cuanto a la violación de los Arts. 176, 86, 87, 109 y 181 de la Constitución Nacional, se puede afirmar que la Ley 194/93 no se halla dirigida a frenar todo deseo de fabricantes o firmas extranjeras de otorgar representación. Al contrario, está protegiendo

este relacionamiento, estableciendo reglas claras al respecto desde el punto de vista legal. Con ello ninguna de las partes, tendrá oportunidad de alegar cuestiones no previstas o darle una interpretación interesada, protegiendo sus intereses. A esta normativa legal, deben ajustarse ambas partes. Tampoco es verdad que impida la creación de fuentes de trabajo, seguridad y protección. A contrario sensu las favorece y las amplía. Que, la afirmación de que la fórmula para establecer el monto de indemnización, cuando se produce el cese de esta relación sin causa justificada tenga carácter confiscatorio y viola la propiedad privada es incorrecta. El monto que se llegare a establecer puede ser cuestionado, si las bases que se tomaron como referencia no se ajustan a la verdad. Ella está sujeta a control de las partes. Que, por otra parte a mi modo de ver, no existe violación de los Arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional. La interpretación del excepcionante es errónea y no se compadece con el texto completo de la Ley, el cual debe interpretarse en su conjunto. No es verdad que exista una violación a la jurisdicción cuando el Art. 10° de la Ley 194/93 establece la obligatoriedad de la competencia de los Tribunales ordinarios de la ciudad de Asunción. Esta norma constituye una garantía para las partes a fin de que la cuestión que se suscitare se pueda discutir en el lugar de la ejecución del contrato. Nada más lógico y justo. Los interesados tendrán oportunidad de constatar su cumplimiento o no en el lugar de los hechos. Que, finalmente cabe destacar que esta Ley no responde a un proteccionismo exagerado del Estado, sino más bien a una seguridad y equilibrio jurídico, teniendo en cuenta que una de las partes (empresa extranjera) está en mejores condiciones económicas que su representante local y esta se encuentra en una especie de desigualdad, ya sea por falta de capacitación técnica, recursos económicos y personal calificado. Es por ello que el Estado, al promulgar esta Ley interviene en esta relación señalando reglas precisas a las cuales deben ajustarse las partes, especialmente cuando la empresa extranjera decide unilateralmente dar término a esta relación, sin causa. Es en esta situación que se produce perjuicios económicos a la representante nacional, compensando de algún modo este perjuicio con el pago de indemnizaciones. Como se tiene dicho, existen causales que son perjuicios económicos a la representante nacional, compensando de algún modo este perjuicio con el pago de indemnizaciones. Como se tiene dicho, existen causales que son justificativos eximentes de la obligación de indemnizar por las cuales, la empresa extranjera puede exonerarse de esta responsabilidad. Las causales se encuentran previstas en la propia Ley, (V. Art. 6°)⁵.

5 PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Constitucional. A y S N° 827. 12/11/2001. "Electra Amambay SRL vs. Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas".

Las *cláusulas de exclusividad y territorio* suelen ser distintas al reglarse:

Opción A: Se establece que el Representante, agente o distribuidor deberá ejercer su actividad de forma exclusiva para el fabricante o firma extranjera en el territorio que se delimita en el Contrato de Representación, Agencia o Distribución y no podrá realizar su actividad fuera del territorio que le ha sido asignado.

Opción B: conforme nuestra Ley N 194/93 en su Art. 3° los representantes, agentes o distribuidores *podrán* ser exclusivos o de cualquier otra forma contractual, en los términos que acuerden las partes.

En cuanto a la *cláusula de compromiso de no competencia* existen también varias cláusulas utilizadas en los contratos de comercios internacionales:

Opción A: Se pacta que salvo autorización expresa del fabricante o firma extranjera, el Representante, Agente o Distribuidor, no podrá fabricar, distribuir ni representar ningún tipo de producto que entre en competencia directa con los productos que fabrica la firma extranjera. El compromiso de no competencia se mantiene durante la vigencia del Contrato de Representación, Agencia y Distribución, y durante otros años más después de finalizado éste -establecidos en el contrato-.

Opción B: Durante la vigencia del Contrato el Representante, Agente o Distribuidor podrá fabricar, distribuir o representar productos similares a los del fabricante o firma extranjera, si bien le deberá informar de ello por escrito.

Opción C: Cláusulas con distintas alternativas: elección de las cláusulas más favorables de cada contrato sobre la exclusividad, formas de pago, indemnizaciones, ley aplicable y resolución alternativa de conflictos entre otros.

El carácter de *exclusividad* de este tipo de contratos puede generar conflictos con la nueva Ley de Defensa de Competencia⁶. Ya que la Ley 194/93 concede a las partes la posibilidad de acordar según su voluntad la cláusula de exclusividad, sin embargo no establece grados de exclusividad.

Así, el pacto de exclusividad es “*una obligación de no recibir de terceros una determinada prestación, bien de no realizarla en favor de terceros o bien ambas obligaciones recíprocamente*”⁷.

El pacto de exclusividad en nuestra legislación es accesorio, es un elemento accidental del contrato, ya que las partes pueden acordarla o no. Los requisitos que lo sostienen, son la necesidad de someterse a límites de tiempo y espacio. La doctrina viene diciendo que pueden ser respecto a) del área geográfica, territorialidad simple – privilegio

6 PARAGUAY. Ley N° 4956/13 de Defensa de Competencia; PARAGUAY. Decreto Reglamentario N° 1490/14 por el cual se reglamenta la Ley N° 4956/13.

7 PUENTE MUÑOZ citado por ARCE GARGOLLO, Javier. Contratos mercantiles atípicos. México Porrúa, Editorial Porrúa, 1996, p 304.

de aprovisionamiento en el área determinado-, forzada –impedir la concurrencia interna dentro de la red de distribución, agencia o representación- , absoluta –impone obligación de no vender fuera del territorio- o con reserva. *b)* a la limitación de la libertad, debiendo estar sujeto a término. Ya que el pacto de exclusividad no puede ser perpetuo y en caso de que no se haya establecido un plazo, se entiende que dura el mismo término que el del contrato. En la legislación francesa por ejemplo, está establecido que no puede durar más de diez años, *c)* la materia, a qué productos o servicios se refiere el pacto.

La *Ley de Defensa de la Competencia* pretende garantizar la competencia en el mercado buscando promover un comercio libre donde los beneficiados sean los consumidores, las empresas y la economía en general. El objeto de la ley es defender y promover la libre competencia en los mercados y quedan prohibidos los actos contra la competencia que serán corregidos mediante sanciones. La ley es aplicable a todos los actos, prácticas o acuerdos de personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras que produzcan efecto sobre la competencia en todo o parte del territorio nacional.

La ley prohíbe el abuso de posición dominante, y todas las conductas, acuerdos o prácticas que sean restrictivas de la competencia y el abuso de una posición dominante en todo o en parte del mercado relevante.

Las operaciones de concentración serán evaluadas con el fin de establecer si son o no compatibles con la presente ley. Son considerados compatibles aquellos que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva.

Con esta ley se ha creado la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Conacom) como autoridad competente de la aplicación de la ley. Conforme el Art. 29 las facultades y atribuciones de la Conacom entre otras las siguientes: *a)* prohibir y sancionar las conductas restrictivas de la competencia; *b)* proponer directrices de política de defensa de competencia; *c)* instruir sumarios de investigación referidos a las conductas sancionables; *d)* proponer adopción de medidas conducentes a la remoción de los obstáculos en que se ampare la restricción de competencia; *e)* cooperar en materia de competencia con organismos extranjeros; *f)* dictar medidas cautelares y sanciones económicas en caso de incumplimiento de las obligaciones dispuestas en la ley.

Las autoridades de la Comisión deberían ser conscientes del impacto en la economía nacional de sus decisiones, no pueden quedar ajenas a la realidad debiendo considerar los beneficios para el mercado y los consumidores, ya que en definitiva fue creada para la promoción de la competencia entre las empresas, y para que en aquellas situaciones consideradas restrictivas de la competencia puedan ser sancionadas aplicando las limitaciones en uso y goce de sus facultades.

7. SITUACIÓN EN EL MERCOSUR

El Protocolo del MERCOSUR de Defensa de Competencia ratificado por Paraguay por Ley 1143/97 que ha entrado a regir desde el año 2000, para que un conflicto caiga en su esfera requiere como presupuesto *sine que non* que el conflicto de competencia exceda los límites de un estado miembro⁸, ya que a contrario a sensu la regla es que sean aplicadas las normas internas de cada estado miembro⁹. Se crea un órgano específico –Comité de Defensa de la Competencia- para la aplicación de las normas del Protocolo, de conformidad al Artículo 8° es intergubernamental, estará integrado por órganos nacionales de aplicación del Protocolo en cada estado parte.

Además establece reglas de cooperación de los Estados Partes en su articulado 30 donde establece:

Artículo 30.- Para asegurar la aplicación del presente Protocolo, los Estados Partes, por medio de los respectivos órganos nacionales de aplicación, adoptarán mecanismos de cooperación y de consultas técnicas, en el sentido de:

a) sistematizar e intensificar la cooperación entre los órganos y autoridades nacionales responsables con vistas al perfeccionamiento de los sistemas nacionales y de los instrumentos comunes de defensa de la competencia, mediante un programa de intercambio de informaciones y experiencias, de entrenamiento de técnicos y de recopilación de jurisprudencia relacionada con la defensa de la competencia, así como de la investigación conjunta de las prácticas lesivas a la competencia en el MERCOSUR.

b) identificar y movilizar, inclusive por medio de acuerdos de cooperación técnica en materia de defensa de la competencia celebrados con otros Estados o grupos regionales, los recursos necesarios para la implementación del programa de cooperación a que se refiere el inciso anterior.

Para la solución de controversias rige el Protocolo de Olivos

8 MERCOSUR. *Protocolo de Defensa de Competencia del MERCOSUR*, firmado en la Ciudad de Fortaleza, República Federativa del Brasil, el 27 de diciembre de 1996. Artículo 2.- Las reglas de este Protocolo se aplican a los actos practicados por personas físicas o jurídicas de derecho público o privado, u otras entidades, que tengan por objeto producir o que produzcan efectos sobre la competencia en el ámbito del MERCOSUR y que afecten el comercio entre los Estados Partes.

Párrafo único - Quedan incluidas entre las personas jurídicas a que se refiere el párrafo anterior las empresas que ejercen monopolio estatal, en la medida en que las reglas de este Protocolo no impidan el desempeño regular de atribuciones legales

9 *Ibíd.*, Artículo 3.- Es de competencia exclusiva de cada Estado Parte la regulación de los actos practicados en su respectivo territorio por persona física o jurídica de derecho público o privado u otra entidad domiciliada en él y cuyos efectos sobre la competencia a él se restrinjan.

suscripto en Buenos Aires, Argentina el 18 de febrero de 2002 por el cual el Tribunal Permanente del MERCOSUR estará integrado por un árbitro designado por cada estado Parte del MERCOSUR.

Los Estados Partes considerando la necesidad de reglamentación del Protocolo de Defensa de Competencia del MERCOSUR firmaron el Acuerdo sobre el Reglamento del Protocolo de Defensa de la Competencia del MERCOSUR en la ciudad de Brasilia, República Federativa del Brasil, a los cinco (5) días del mes de diciembre de 2002, en el cual determinan el ámbito de aplicación, para el que se tendrá en cuenta la afectación del comercio entre los Estados Partes y la afectación de los mercados relevantes de bienes o servicios en el ámbito del MERCOSUR (Art. 10).

Además se establecen las circunstancias a fin de establecer el abuso de posición dominante en un mercado relevante en el ámbito del MERCOSUR, entre otras: *a)* la participación en el mercado relevante de las firmas participantes; *b)* el grado en que el bien o servicio de que se trate es sustituible por otros, ya sea de origen nacional, regional o extranjero; las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; *c)* el grado en que las restricciones normativas limiten el acceso de productos u oferentes o demandantes al mercado de que se trate; *d)* el grado en que el presunto responsable pueda influir unilateralmente en la formación de precios o restringir al abastecimiento o demanda en el mercado y el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder (Art. 11).

Para la graduación de sanciones de las conductas infractoras deberán tenerse en cuenta la gravedad de la infracción, la reincidencia del infractor y la cooperación del denunciado con la investigación. Las que entre otras, el artículo 35 considera: *a)* El grado de lesión o peligro de lesión a la libre competencia; *b)* Los efectos económicos negativos producidos en el mercado; *c)* La posición y situación económica del infractor; *d)* La ventaja obtenida o pretendida por el infractor.

Cabe destacar que el PDC frente a una conducta restrictiva de competencia, el acceso al mercado o el abuso de posición dominante requiere además un elemento cualitativo, es decir que dichas conductas deben afectar el mercado entre los estados parte. Pero lo que sigue quedando como interrogante es el modelo adoptado por el MERCOSUR, ya que el término de abuso de posición dominante tiene distinto alcance según sea el modelo europeo o estadounidense.

Uno de los fallos más renombrados en materia de Defensa de Competencia en la UE es la millonaria multa a Microsoft -por no ceder a sus competidores la información necesaria para que sus programas sean compatibles con Windows-, en cada modelo -europeo y estadounidense- ha tenido soluciones totalmente distintas. En el modelo europeo la determinación de abuso de dominio se trata más de una cuestión

económica que la de una definición legal, como lo expresa claramente el Tribunal de Luxemburgo “enjoys a position of economic strength which enables it to hinder the maintenance of effective competition on the relevant market by allowing it to behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers and ultimately its consumers” (Case 85/76 Hoffmann-La Roche v. Commission).

En mi opinión el MERCOSUR tiene reminiscencia europea, sin embargo solo el desarrollo jurisprudencial podrá determinar tal adopción.

8. SOLUCIONES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comisión Europea ha desarrollado ideas frente a la interrogante antes planteada, estableciendo que un acuerdo vertical¹⁰ no violará una disposición de defensa de competencia siempre que se adecuen a reglas, de no sobrepasar el treinta por ciento de *market share*¹¹, que se establezcan parámetros de restricciones “*hardcore restrictions*”¹². La Comisión Europea ha publicado Comunicación de *minimis*, donde establecen parámetros para determinar si un acuerdo vertical viola la competencia entre Estados miembros, se presumen excluidas las empresas que no compitan entre sí y su cuota mercado no supere el 15%.

Así también el TJCE establece que una cláusula de prohibición de competencia acordada entre intermediario y comitente podría constituir un abuso de posición dominante, asimismo que una representación de dos o más empresas que compiten en un mercado común por un solo agente, puede resultar colisorio entre fabricantes o firmas extranjeras, por ende podrían ser sancionados.

La doctrina de las autoridades *antitrust* europeas han declarado anulables las cláusulas de exclusividad en razón del territorio ya que vedaban la actividades de los miembros de la red otorgadas a otras empresas. Con respecto al control de concentraciones de empresas, el problema de la validez del pacto de exclusividad desde la óptica de los efectos sobre la competencia, sostienen que en la medida que existan disposiciones contractuales que limiten la autonomía comercial indefectiblemente acarrearán una concentración vertical.

La Comisión¹³ establece qué cláusulas podrían resultar prácticas monopólicas:

10 Reglamento UE N° 330/2010. Artículo 1 (a) Los acuerdos verticales están definidos como: “los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieren a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”

11 *Ibid.*, Art. 3°

12 *Ibid.*, Art. 4°

13 COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. *Informe de la Comisión Federal de Competencia 1994/1995*. México. Comisión Federal de Competencia, 1995, p. 93-94

- Restricciones a la comercialización de productos distinto a bienes objeto del contrato de distribución.
- Prohibición de adquirir de terceros productos o servicios de la marca distribuida.
- Prohibición a accionistas de participar en otras empresas de la competencia.
- Venta de unidades específicas del fabricante o firma extranjera, sujetas a compras de otros modelos, y del uso de financiamiento otorgado por los mismos.
- Obligación de utilización de sistemas y servicios financieros, arrendamiento, transporte y sistemas de cómputo proporcionados por el fabricante o firma extranjera.

CONCLUSIONES

La Ley N° 194/93 protege el relacionamiento entre las partes, dejando la exclusividad al arbitrio de la autonomía de la voluntad de las partes. Si bien la entrada en vigencia de la Ley de Defensa de la Competencia parecería plantear un nuevo escenario para las relaciones contractuales entre los fabricantes o firmas extranjeras y empresas domiciliadas en la República, luego de un exhausto análisis se puede decir que la ley de Defensa de la Competencia otorga flexibilidad en la interpretación de la conducta de las partes, y el carácter de exclusividad en este tipo de contratos mercantiles otorgado por la Ley 194/93 no necesariamente acarrea efectos de las normas de la Ley de Defensa de la Competencia, en la medida de que las partes adecuen sus reglas y establezcan restricciones.

En conclusión, sería conveniente abordar esta situación con una regulación específica garantizando: la posición de igualdad de las partes –tanto nacional como extranjera- al momento de la negociación de las condiciones contractuales, la exigencia de la fase precontractual consistente en otorgarle información al representante, agente o distribuidor de sus derechos y obligaciones, la formalización del contrato estableciendo los grados de exclusividad, utilizando como modelo los parámetros de *market share*, *hardcore restrictions* y las de Comunicación *minimis* establecidas por la Comisión Europea, el respeto a la voluntad de las partes al momento de la negociación de las modificaciones de las condiciones contractuales originalmente pactadas, la prohibición que los fabricantes o firmas extranjeras vendan directamente al mercado de la red comercial, por un precio inferior. Y, en caso de rescisión unilateral del contrato exista un preaviso con plazo razonable, y se indemnice por los fondos de comercio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARCE GARGOLLO, Nombre. *Contratos mercantiles*. México: Porrúa, 1996, p. 304.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA. *Informe de la Comisión Federal de Competencia 1994/1995*. México. Comisión Federal de Competencia, 1995

RIBO DURAN, L y FERNANDEZ, J., *Diccionario de Derecho Empresarial*. Barcelona: Edit. Bosch, 1998, p. 479.

JIMENEZ, Eugenio. *Contratos y títulos de crédito*. 2ª ed. Asunción: Editorial Intercontinental, 2014.

MERCOSUR. *Protocolo de Defensa de Competencia del MERCOSUR*, firmado en la Ciudad de Fortaleza, República Federativa del Brasil, el 27 de diciembre de 1996.

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos*, suscripto en Buenos Aires, Argentina el 18 de febrero de 2002.

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (Sala Constitucional). A y S N° 827. 12/11/2001. “Electra Amambay SRL vs. Compañía Antártica Paulista Ind. Brasileira de Bebidas”.

PARAGUAY. Decreto Reglamentario N° 1490/14 por el Cual se reglamenta la Ley N° 4956/13, *Gaceta Oficial*, 25 de junio de 2013, núm. 117.

PARAGUAY. Ley 194/93, de 06 de julio de 1993, por el Cual se establece el régimen legal de las relaciones contractuales entre fabricantes y firmas del exterior y personas físicas o jurídicas domiciliadas en el Paraguay.

PARAGUAY. Ley N° 4956/13, 29 de mayo de 2013, de Defensa de Competencia.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento UE N° 330/2010.

MANUSCRITO SOBRE UNA PROCURA DE PAZ EN COLOMBIA*

MANUSCRITO SOBRE A BUSCA DA PAZ NA COLÔMBIA

*Raúl Gustavo Ferreyra***

Resumen: *La abrumadora mayoría de los órdenes jurídicos estatales disponen un escalonamiento jerárquico y emplazan a la constitución como base indisponible del sistema de fuentes. Las escrituras del derecho constitucional, ciudadanas y seglares, deberían orientarse, principalmente,*

* Todos los textos tienen una historia. Quienes nacimos en el siglo XX, sin saberlo, no tuvimos opción: nuestra primera grafía fue manual, con lápiz, sustentada en la “palabra generadora” que alumbraba el inicio a las letras. Sin embargo, los avances tecnológicos producidos especialmente a partir de 1980 han inducido a una nueva “adaptación”, quizá en la misma senda anunciada por CHARLES DARWIN en el siglo XIX. El significado elemental de esta adaptación consiste en que la abrumadora mayoría de nuestra realización escrita se produce en ordenadores o computadoras, que sustituyen a las máquinas de escribir fabricadas desde hace unos 170 años. Ni hablar o mencionar a la lapicera o pluma estilográfica. Las razones para la hegemonía del ordenador son múltiples: velocidad, prolijidad, ordenación, argumentación, etc. Por otra parte, el término “manuscrito” posee tres acepciones en el Diccionario de la *Real Academia Española* (DRAE); apelo al campo semántico de dos de ellas: 1) “texto original de una publicación” y 2) “escrito a mano”. Ambas definiciones coinciden en la elaboración de este manuscrito. La profundidad y envergadura del problema –la paz colombiana– derivó al puerto de la escritura a mano, con pluma. Por otro lado, la originalidad de esta publicación reside en que se basa fuertemente en el manuscrito original que, a su vez, fue el sustento de la “Memoria” utilizada para la disertación oral del día 25 de noviembre de 2015, en la Sociedad Económica de Amigos del País, pleno corazón histórico y político de Bogotá. Ahora se han añadido, aliviado y revisado estructuras argumentales. El resultado: un texto más extenso que el bocetado para el debate público precitado.

Un reconocimiento especial para los aportes del doctorando ALFONSO CLAVIJO, Facultad de Derecho, UBA. También para JOHN REYMON RÚA CASTAÑO, doctorando de la Universidad de Medellín, Facultad de Derecho. Igualmente, para RICARDO GARZÓN CÁRDENAS, MANUEL SALVADOR GROSSO, EDGAR FUENTES, LUIS MANUEL LASSO LOZANO, JHON MARIO FERRER MURILLO, DIANA PATRICIA RESTREPO RUIZ, NATALIA CHACÓN TRIANA, JOSÉ VICENTE ANDRADE OTAIZA Y OLGA PEÑA; todos colombianos, aspirantes a doctorandos de la UBA-Facultad de Derecho, quienes me han ayudado, guiado y enriquecido con la discusión sobre la historia de Colombia y su orden jurídico. También agradezco a ANTONIO MILLA. Naturalmente, todos los errores del texto e inconsistencias en la argumentación de este “Manuscrito” corresponden al autor por derecho propio.

Dejo constancia de mi reconocimiento especial a JULIO B. MAIER y E. RAÚL ZAFFARONI. He tenido la fortuna de conversar con ellos, en charlas individuales, y me he beneficiado grandemente para elaborar los diferentes argumentos que aquí son presentados.

Por último, agradezco a ANA USSHER y a PABLO GERMÁN ALI por la tarea de edición y corrección.

** Profesor titular de Derecho constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor de la Universidad de Buenos Aires. Miembro titular del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur. E-mail: rgferreyra@derecho.uba.ar

hacia la ordenación de la paz relativa de la comunidad estatal. La República de Colombia tiene fundamentos elegantes, sobrios y apropiados en su orden constitucional para fundar la paz, entendida como una edificación perenne de la especie humana. La rebeldía contra la guerra o cualquier tipo de conflicto bélico, interno o externo, siempre ha de ser inquebrantable y tenaz. Las nuevas palabras que reformarían la Constitución Política de Colombia de 1991, contenidas en el Acto Legislativo número 4 del 2015, en sintonía con el acuerdo de paz que se firmaría en 2016 –pese a su complejidad y alguna exorbitancia menor–, significan una contribución relevante para ordenar la paz y detener la guerra.

Resumo: *A abrumadora maioria das ordens jurídicas estaduais conta com uma divisão hierárquica e coloca a constituição como a base indisponível do sistema de fontes. As escrituras do direito constitucional, cidadãos e seculares, deveriam orientar-se, principalmente, á ordenação da paz relativa da comunidade estadual. A República de Colômbia tem fundamentos elegantes, sóbrios e apropriados na sua ordem constitucional para fundar a paz, entendida como uma edificação perene da espécie humana. A rebeldia contra a guerra o qualquer tipo de conflito bélico, interno ou externo, sempre será inquebrantável e tenaz. As novas palavras que reformariam a Constituição Política de Colômbia de 1991, conteúdas no Ato Legislativo número 4 de 2015, em sintonia com o acordo de paz que seria firmado em 2016 – ainda a sua complexidade y alguma exorbitância menor–, significam uma contribuição relevante para ordenar a paz e deter a guerra.*

Palabras clave: Derecho constitucional, Constitución Política de Colombia 1991, Acto Legislativo número 4 de 2015, Paz, Colombia

Palavras-chave: Direito constitucional, Constituição Política de Colômbia 1991, Ato Legislativo número 4 de 2015, Paz, Colômbia

1. PRESENTACIÓN

A veces, en la ciudad donde nací no utilizamos correctamente nuestra lengua nativa, pero hay un apelativo singular del cual nos valemos para referirnos a un prosista “mayor” (por ejemplo, Julio Cortázar, Gabriel García Márquez o Carlos Fuentes). Me encuentro profundamente honrado de estar en una casa “mayor” de la “república”, frente a una audiencia “mayor”, absolutamente comprometida con el proceso de paz¹.

¹ Mi reconocimiento al Congreso de la República, a la Sociedad Económica de Amigos del País y al Instituto Latinoamericano de Altos Estudios por la invitación a reflexionar en tan importante y distinguido “Conversatorio: El Derecho en la Paz”. Constituye un honor haber compartido el panel con Diego Valadés; uno de los juristas “mayores” en América Latina. Igualmente honrado de compartir mesa de disertación con distinguidos juristas e intelectuales

El derecho constituye el más refinado instrumento para la concreción, desarrollo y organización de una paz objetiva y relativa. En la República de Colombia la mayoría de sus ciudadanos desea alcanzar el objetivo eminente –la paz relativa–, para dejar atrás un “conflicto bélico no internacional” cuyo resultado es una guerra civil, la peor calamidad que estremece, asfixia y agota a cualquier comunidad de individuos. Aunque es la autoridad la que crea y determina al derecho, siempre se guarda la esperanza de que, racionalmente integrado por razones, sirva de instrumento para la paz.

Este “Manuscrito...” no es una tabla de valores. Simplemente, se desenvuelve sobre la descripción de algunos fragmentos jurídicos de los alientos, problemas y laberintos que afronta el proceso de paz, hoy², en Colombia. Juzgo que existen dos restricciones y un estímulo en este “Manuscrito...”. Las primeras son obvias: por un lado, la extensión de esta pieza (tiempo y espacio aconsejado por los organizadores del evento); por otro, mi extranjería, dado que no soy natural de este país, en el que he sido reconocido institucional³ y académicamente⁴ mucho más allá de mis propios méritos. Ser extranjero –que Colombia no sea mi país natal– me plantea una limitación indisputable: no soy experto en su ajetreada, contradictoria, disputada, virulenta, vivaz, creativa, letal y mortal historia política; acaso, tampoco estoy absolutamente persuadido de la propiedad de mis afirmaciones capitales para opinar sobre el derecho de autodeterminación de otros ciudadanos que no sean de mi propio país. Sin embargo, opinar ahora no lo entiendo como una injerencia porque he sido invitado. No deseo que mis letras tengan aptitud para injerir; una eventual injerencia no forma parte de mi estatuto perceptivo ni racional. Entonces, queda erradicada de cuajo de la impronta de este “Manuscrito...”.

El único aliento reconocible reside en mi ciudadanía sudamericana. Quizá pueda aportar un grano de arena fundado en mi naturaleza de observador externo del orden político y jurídico colombiano, aunque esté profundamente comprometido con éste, situación que lesiona mi imparcialidad. Quiero que se termine de una vez y para siempre el conflicto bélico, armado, o guerra con o “sin nombre”⁵; no soy neutral

colombianos de la talla de Ricardo Garzón Cárdenas y Álvaro Leyva.

2 Los juristas expresan sus razones, valores o percepciones porque, dentro de su sistémica ortodoxia, sus proposiciones no deberían exhibir la ductilidad del mundo artístico, como la música y la literatura. Sin embargo, en este caso, el escribiente se pregunta, especialmente en clave emocional, si será ésta la enésima y última vez para alcanzar la paz en Colombia.

3 Orden del Congreso de Colombia en el grado de “Caballero” como reconocimiento a la excelsa labor desarrollada en beneficio de la ciencia jurídica, resolución 299 del 14/5/2014 del Senado de la República de Colombia.

4 Me refiero a las invitaciones para dar lecciones, discutir y publicar mis ideas, así como para dirigir tesis doctorales; en fin, la posibilidad misma del pensar que me han concedido, en diferentes momentos, la Universidad de Medellín, la Universidad Autónoma Latinoamericana, la Universidad del Externado y el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios.

5 UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. INSTITUTO DE ESTUDIOS

porque soy parcial, porque milito activamente hacia a la paz objetiva, definitiva y relativa. La paz existe o la paz no existe; no es una epifanía o una revelación divina. Los hombres deben construirla y sostenerla con fundamentos y progresividad. Otras consideraciones serían anécdotas improbables o desvaríos.

Para cumplir los objetivos planteados, he dispuesto la siguiente estructura. En la sección II, se determinan y ventilan una serie de cuestiones preliminares. En la sección III, se abreva sobre el concepto de paz y su vínculo con el derecho. La sección IV se dirige a la paz en Colombia, en concreto, una comprensión a partir de la normatividad constitucional. En la sección V, se insertan breves comentarios sobre el Proyecto de Acto Legislativo número 4 del año 2015, “por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para los desarrollos normativos necesarios para facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, sus conexiones y algunos de sus antecedentes. Por último, en la sección VI ofrezco los comentarios finales.

2. DILIGENCIAS PRELIMINARES

Cumplo mi deber como extranjero: “acato”⁶ la Constitución Política de Colombia de 1991 (en adelante, indistintamente, CPC 1991). Disfruto, también, de todos los derechos civiles, cuyo reconocimiento se confiere a los colombianos, en la ordenación preceptuada por el artículo 100 de la CPC 1991⁷.

La mentada extranjería provoca una distancia temporal y espacial con los procesos y sucesos colombianos, que se constituye por momentos en un muro impenetrable, debido a la ausencia de conocimiento pulcro y detallado de las propiedades de la historia política de la República de Colombia. En este sentido, pretendo una comprensión analítica que enfatice la precisión en la “lengua del derecho”⁸, es decir, la descomposición del todo en sus componentes y las relaciones

POLÍTICOS Y RELACIONES INTERNACIONALES (IEPRI). *Nuestra guerra sin nombre: Transformaciones del conflicto en Colombia*, Francisco Gutiérrez Sanín (coord. académico); María Emma Wills y Gonzalo Sánchez Gómez (coord. editoriales), Bogotá: Editorial Norma, 2006.

6 CPC 1991, art. 4. “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

“Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

7 CPC 1991, art. 100. “Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”.

8 VALADÉS, Diego. *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*. México: Academia Mexicana de la Lengua-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

de éstos entre sí. Para conseguir este objetivo, me veo compelido a insinuar el empleo del verbo “procurar”, presente en el título de este “Manuscrito...”. Según el DRAE, sus dos primeras acepciones son: 1) “hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa” y 2) “conseguir o adquirir algo”. De eso se trata este escrito: esfuerzos que se realizan para conseguir una determinación probable, concretamente, el futuro de la paz colombiana, que puede ser captado como una parresia desde la lectura de los poderes públicos y la ciudadanía.

Cabe aclarar que Juan Manuel Santos⁹, el líder del proceso constitucional de la República de Colombia, ha manifestado recientemente que “... el pueblo colombiano quiere la paz”¹⁰, con semejante fervor y convicción. Si lo quiere, pide y plantea el presidente colombiano, quien “simboliza la unidad nacional” (art. 188, CPC 1991), debo suponer que la misma paz relativa es deseada por la abrumadora mayoría de las ya casi 50.000.000 de personas que viven en Colombia. Este “Manuscrito...” entonces, tiene un único punto de partida, que es el sometimiento al vigoroso compromiso declarado en el Preámbulo de la CPC 1991: “impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”. Asumo con modestia y coraje manifestar la verdad, de modo claro y riguroso, en cuanto concierne a la tecnología social en ciernes que se cultiva, el estudio y descripción del derecho, esa razón de la fuerza estatal, orientada al pacifismo.

3. SOBRE EL CONCEPTO DE PAZ Y SU VÍNCULO CON EL DERECHO

A. Tesis básica

El derecho es, básicamente, un sistema¹¹ de reglas sobre la fuerza, que se materializa por el discurso de los poderes estatales y constituye el medio más idóneo para perseguir un objetivo mínimo: la paz relativa, dado que se relaciona con una comunidad determinada de hombres. La paz, en el contexto descrito, es el estado de cosas en el que por

⁹ Juan Manuel Santos asumió la presidencia de la República de Colombia el 7 de agosto de 2010 ante el Congreso, donde prestó juramento. Finalizado su primer mandato, resultó reelecto en comicios transparentes y auténticos. El 7 de agosto de 2014 volvió a tomar nueva posesión de semejante destino como presidente de la República con análogo protocolo constitucional (art. 192); en este caso, para el periodo que finalizará el 7 de agosto de 2018. La CPC 1991 ordena en el art. 197 que “Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos periodos”.

¹⁰ Página 12. “El pueblo colombiano quiere la paz”, 26/10/2015, disponible en <<http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-284710-2015-10-26.html>>, consultado el 1 de febrero de 2016.

¹¹ BULYGIN, Eugenio. “Sobre el problema de la objetividad del Derecho”, en AA.VV., Nancy Cardinaux, Laura Clérico y Aníbal D’Auria (ed.). *Las razones de la producción del Derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, 2006. p. 40.

convicción y determinación no se hace uso de la violencia sin regulación centralizada y monopolizada. Así, la producción del orden descansa, aunque sea en nimia medida, en la participación de ciudadanos igualmente libres, que quedarán sometidos al propio orden generado. Una comunidad puede vivir en paz relativa, o sumergida en un pozo de guerra de todos contra todos o de algunos contra la mayoría, o viceversa. O los hombres eliminan la guerra (externa o interna), o la guerra que no cesa cancelará la vida humana en la Tierra¹². En este último caso, sin ser agorero ni trágico, "... se necesitarían algunos millones de años para que los moluscos del mar llegaran a producir algo semejante al hombre"¹³. Ergo, el derecho constituye una de las herramientas más específicas para intentar la resolución de las disputas.

B. Debate mínimo

Sucedió en tiempos inmemoriales y espacios finitos. Hubo un estado sin leyes sociales. En los principios de los tiempos y de los espacios en la Tierra, si el estado de naturaleza acaso existió y si acaso, como haya de ser comprobable que haya existido, fue un estado de cosas solamente gobernado por leyes naturales, que no fueron creadas por el hombre. Él puede dañarlas o mejorar algunos de sus efectos; pero nunca podrá una ley social regir la salida y puesta del sol, como tampoco podrá crear la gravedad o la mecánica del calor y de la energía.

El Estado constitucional es un estado con leyes naturales y con leyes sociales. Estas últimas, por intermedio del paradigma "constitución", confieren su ordenación y fundamento básico. El derecho procede directamente de la naturaleza humana. Significa el mayor invento para la ordenación de las comunidades humanas. En su interior, las constituciones son las tecnologías más desarrolladas que soportan toda la arquitectura del orden instituido jerárquicamente a través del escalonamiento gradual de enunciados normativos. El derecho es un orden para la erradicación, eliminación o limitación máxima posible de la violencia como medio para afrontar los conflictos individuales o plurales desatados en una comunidad de individuos. Al reglamentar el

12 BORN, Max; Bridgman, Percy W.; EINSTEIN, Albert; INFELD, Leopold; JOLIOT-CURIE, Frédéric; J. MULLER, Hermann; PAULING, Linus; POWELL, Cecil F.; ROTBLAT, Joseph; RUSSELL, Bertrand y YUKAWA, Hideki. *Manifiesto Russell-Einstein: Una declaración sobre armas nucleares difundida a la prensa en Caxton Hall, Londres, 9 de julio de 1955*. "Invitamos a este Congreso, y a través suyo a los científicos del mundo y al público en general, a suscribir la siguiente resolución: 'Ante el hecho de que en cualquier futura guerra mundial se emplearían con certeza armas nucleares, y que tales armas amenazan la continuidad de la humanidad, instamos a los gobiernos del mundo para que entiendan, y reconozcan públicamente, que sus propósitos no podrán lograrse mediante una guerra mundial, y les instamos, en consecuencia, a encontrar medios pacíficos que resuelvan todos los asuntos de disputa entre ellos'", [consultado el 1 de febrero de 2016]. Disponible en: <<http://www.filosofia.org/cod/c1955rus.htm>>

13 BOBBIO, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 2008. p. 13.

poder estatal y definir la libertad ciudadana, se puede erigir en un orden para conseguir la paz, una paz relativa. En pocas palabras, el derecho, por un lado, es la sintaxis de la fuerza y, por otro, se puede constituir en una apropiada semántica de la paz. Su morfología siempre es positiva, entendida como la cosa que es, el hecho de la autoridad existente y que nos ahorra pensar en arengas metafísicas. La tarea del jurista se centra en la descripción y sistematización del orden jurídico, aunque también no debería dejar de insinuar, con “prepotencia de trabajo”¹⁴, su crítica para la futura reforma, derogación o abolición del objeto estudiado.

El principal conflicto a resolver en una comunidad resulta en no dañar al otro, o en que nadie resulte dañado, o en que todos puedan tener la certeza de que no serán objeto de daño por parte del otro; este sujeto de la otredad puede llamarse “ciudadano” o “poder estatal”. Se puede dañar al ciudadano porque se invade su esfera soberana de libertad o porque las autoridades creadas para el gobierno de la comunidad exceden o abusan de sus competencias férreamente regladas. Por eso, el único objetivo prioritario y mínimo que tiene el derecho, su significado crucial, consiste en determinar, concertar y mantener la paz; no es la justicia ni el bienestar. Estos objetivos podrán ser posteriores, desde luego, pero el objetivo primordial del derecho es la realización de la paz, porque sin paz es absolutamente imposible conseguir ninguna de las situaciones ideales en las cuales los seres humanos procuramos vivir, con mayor o menor deseo¹⁵. La paz es el fin mínimo del ordenamiento jurídico; esto implica encuadrarse en el pacifismo jurídico. La paz es la condición necesaria para cualquier otro fin: libertad, igualdad o fraternidad. El derecho, entonces, es una procura de ordenación de la paz relativa de una comunidad.

La propiedad distintiva de una acción deliberada es que persigue alcanzar determinados fines. La acción deliberada de crear y realizar el derecho puede consistir en la arquitectura básica para la paz comunitaria. Como he planteado, esta posición se encuadra en el pacifismo jurídico, dado que la paz es el estado en que no se hace uso de la violencia desregulada. Sin embargo, no puede pasarse por alto la cuestión de que el derecho no es un instrumento neutral, ya que siempre su normativa y aplicación vienen precedidas de presupuestos filosóficos e ideológicos. Suele argüirse que el derecho es un instrumento para el control social; a la vez, se revela como la herramienta de la que se sirve racionalmente el hombre para intentar disponer la paz en el marco de la coexistencia comunitaria. En definitiva, como ya he adelantado, el derecho procura una paz relativa, no absoluta, porque priva al individuo o grupo de individuos del empleo de la violencia. Para ello, se diseñan

14 ARLT, Roberto. “Palabras del autor”, a *Los lanzallamas*. Buenos Aires: Compañía General Fabril Editora, 1968.

15 BOBBIO, Norberto. *El problema de la guerra...*, Op. cit., p. 96-97.

órganos y se les atribuye competencia para la ordenación de la vida en la comunidad estatal.

En Colombia, desde 1948 por lo menos, existe una violencia organizada, grupal y desregulada: el conflicto bélico no internacional. Las definiciones de este texto se inclinan, en especial, sobre las condiciones para “hacer la paz” o “construir la paz”. Una “paz” que se pueda definir como la “inexistencia” de una relación de conflicto caracterizada por el ejercicio de una violencia duradera y organizada¹⁶. En este lenguaje, la paz es ausencia de conflicto armado. No obstante, sin minimizarlo, prefiero la reflexión sobre la “paz” en cuanto ella “evita el mayor de los males, la muerte violenta”, y el bien al que aspira es el “bien de la vida”¹⁷, el mayor de los bienes. Por eso tiene tanta buena prensa, entre los estudios dogmáticos, apuntar a otro tipo de bienes: la justicia, el bienestar... Sin embargo, en realidad, la condición mínima reside en evitar este mal; se debe procurar su eliminación o al menos la ilusión de que podemos reducir a su máxima expresión la conflictividad armada, que trae consigo la muerte violenta y todo tipo de otros males y castigos depredadores o degradantes de la mismidad de la vida humana.

Una comunidad con leyes sociales es una sociedad que se orienta a la supervivencia y conservación del grupo social. En dicho plan, se asigna a cada individuo un propio poder soberano, y se determina y delimita el poder de cada ciudadano con relación al poder propio de los demás. Nótese que una sociedad controlada íntegramente por el derecho es un ideal, porque la observación y comprensión mundana de la realidad que se objetiva, sin prejuicios, lo contradice (en todos los tiempos).

En las letras que anteceden he aclarado que la paz procurada por el derecho no es ausencia de fuerza; se constituye en el monopolio de la fuerza estatal, en favor de la comunidad por intermedio del derecho. Una definición tomada de Luigi Ferrajoli describe el principio de la paz en estos términos: “... *Si el uso de la fuerza no está disciplinado por normas jurídicas está prohibido. Y significa, por consiguiente, que el derecho es la negación de la fuerza desregulada y que la fuerza desregulada es la negación del derecho*”. Dentro de este plano maestro, la paz resulta ser la expectativa del uso no desregulado de la fuerza¹⁸. La propuesta del Estado constitucional, por tanto, será instaurar leyes válidas y eficaces que hagan cesar el conflicto, regulen la fuerza, y que así nazca la paz. En definitiva, la paz no es ausencia de fuerza; se constituye en el monopolio de la fuerza estatal, en favor de la comunidad¹⁹.

El principio de la paz, aun cuando expresa la expectativa negativa del no uso desregulado de la fuerza, inaugura con solidez el criterio de

16 *Ibíd.*, p. 164.

17 *Ibíd.*, p. 174.

18 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, 2011, tomo I. p. 445.

19 *Ibíd.*, p. 445.

demarcación entre derecho y “no derecho”, pero merece ser completado, según refiere Luigi Ferrajoli²⁰. En efecto, para definir finalmente el concepto de paz en su vinculación con el derecho será menester evaluar y señalar: *i*) la existencia de una garantía primaria, esto es, la prohibición del uso desregulado de la fuerza, y *ii*) la existencia, paralela, de una garantía secundaria de necesaria e inmediata complementación con la primera; consistente, en este caso, en la limitación del uso de la fuerza en la forma y condiciones normativamente previstas, con exclusividad y positividad a los casos en que tal prohibición es violada²¹.

C. Con forma de inventario

Primero. La vinculación entre paz y derecho es fértil, indispensable y necesaria.

Segundo. La paz es la condición necesaria para cualquier otro fin: libertad, igualdad o fraternidad. El derecho no puede ser otra cosa o estados de cosas, entonces, que la orientación hacia la paz ordenada de una comunidad estatal.

Tercero. Colombia padece un conflicto bélico interno desde 1948.

Cuarto. Los mandamientos del derecho son elementales, pero el derecho no tiene aptitud para contener o detener una guerra o conflicto con nombre semejante. La política hace al derecho, motivo por el cual la decisión máxima es, al mismo tiempo, un esbozo de salvación. Se debe ejercer una rebelión cotidiana y ecuménica contra la guerra: la rebeldía humana se expresa con “un hombre que dice *no*”²²; en este caso, “*no* a la guerra”. Hay que detenerla.

Quinto. Negarse a la guerra significa abrir la existencia de la paz. Ante los esfuerzos de las autoridades creadas por la Constitución Política de Colombia de 1991 y el impulso de la ciudadanía al posible acuerdo con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), correspondería señalar con responsabilidad que los colombianos deberán realizar otro esfuerzo más si quieren vivir en paz.

4. DESCRIPCIÓN DE LA PAZ EN LA CPC 1991

A. Dicción constitucional

No me referiré a la vida política y constitucional colombiana porque no soy “colombianista”, es decir, un estudioso de Colombia, su naturaleza y sus culturas. Sólo realizaré una mera comprensión desde la lectura constitucional, en la postulación anunciada por el texto vigente.

20 Según refiere, también, FERRAJOLI, Luigi.

21 FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris...*, Op. cit., p. 837 a 838.

22 CAMUS, Albert. *L'Homme révolté*. Paris: Œuvres, Gallimard, 2013. p. 854.

Dado que en 2016 se cumplen veinticinco años de su nacimiento, considero atinado rendirle un homenaje a la CPC 1991 en su rol de código orientado a la “configuración y desarrollo progresivo de la paz”.

La constitución es una categoría jurídica única en la vida de los seres humanos. Se trata de instrumento que aún no tiene 250 años (si computamos desde la Constitución de Filadelfia, son 229 años), mientras que el *Homo sapiens* cuenta con 250.000 años. Los seres humanos nunca han conocido una invención como la constitución. Hasta lo conocido y creado por los seres humanos, las constituciones son el máximo instrumento de ordenación de la vida comunitaria.

La constitución, al fijar determinados procedimientos, cumpliría la función responsable de la más alta alcuña atribuible a las formas jurídicas: alentar la paz. Sus principios se encuentran llamados a desarrollar un rol eminentemente procesal, porque la tensión entre individuo y Estado, el conflicto entre ciudadano y autoridad, imposible de resolver con rasgos definitivos, se disuelve a favor de ciertos procedimientos específicos. La prosa del derecho constitucional, su expresión objetiva puesta en el mundo (que muchos apodan “positiva”), pretende determinar marcos para colaborar con las ilusiones sobre la esperanza de una convivencia pacífica en la que todos los ciudadanos disfruten o puedan disfrutar del casi inalcanzable “bienestar general”, en una sociedad de ciudadanos iguales no sólo en libertad.

Sin derecho constitucional, no hay Estado constitucional, porque aquél lo fundamenta, ya sea en el arraigo, ya sea en la justificación o legitimación. Por eso, si todos los hombres vamos a convivir juntos, debemos aceptar las “letras de la tolerancia” instituidas en la constitución, que instruyen el mejor mecanismo para la paz, porque implican la terminante prohibición de dañar al otro y el categórico estímulo de ayudarlo siempre que se pueda. Todo esto se enmarca en un contexto utilitario, en el que también se prohíbe “derramar sangre”²³ o procurar que los procesos se orienten a que no suceda. Así, se sustituye la lucha cuerpo a cuerpo por el debate cívico; en fin, se suprime “... el tiro de gracia del vencedor sobre el vencido por el voto y la voluntad de la mayoría que permite al vencido de ayer convertirse en el vencedor de mañana *sine effusione sanguinis*”²⁴.

Toda constitución pretender originar una aportación significativa. Por lo general, contiene y dispone una forma singular y peculiar de ordenar al Estado²⁵. Cada poder constituyente, en cada Estado, intenta

23 POPPER, Karl. *La responsabilidad de vivir: escritos sobre política, historia y conocimiento*. Barcelona: Paidós, 1995. p. 190.

24 BOBBIO, Norberto. *El problema de la guerra...*, Op. cit., p. 19.

25 FERREYRA, Raúl Gustavo. “Fundamentos del Estado: Notas sobre la regla de subordinación al derecho de la Constitución en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México”. *Revista electrónica Nuevos paradigmas de la Ciencias Sociales*. 2015, vol 6, n° 11, p. 7-58. Disponible en <<http://www.ilae.edu.co/Publicaciones/files/02.%20Ferreyra%20subordinacion.pdf>>.

subordinarlo con determinada arquitectura jurídica²⁶. Sin embargo, pese a la pluralidad de los modelos constitucionales, según mi observación y comprensión dogmática, se puede decidir que la abrumadora mayoría de las constituciones poseen cuatro partes²⁷: *i*) Preámbulo y declaraciones eminentes; *ii*) derechos y deberes fundamentales; *iii*) regulación del poder y su control, y *iv*) reglas sobre la variación o cambio de la suma norma o norma de normas.

Si se aplica este modelo cuatripartito a la CPC 1991, los resultados son admirables: se trata del único instrumento de América Latina que se refiere a la paz en sus cuatro partes, por lo menos en diez ocasiones²⁸. Véase, entonces, la vocación pacificadora de la CPC 1991 y la consagración “constitucional de la paz”, a la luz de la determinación teórica asumida.

Primera parte. Preámbulo y declaraciones eminentes:

EL PUEBLO DE COLOMBIA, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz...

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la *convivencia pacífica* y la vigencia de un orden justo.

Segunda parte. Derechos y deberes fundamentales:

Artículo 22. La *paz* es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

Artículo 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores

26 Desde dicha perspectiva, la CPC 1991 emplaza en su cabecera el “Preámbulo”. Luego, sus 13 Títulos, a saber: i. “De los principios fundamentales”; ii. “De los derechos, las garantías y los deberes”; iii. “De los habitantes y del territorio”; iv. “De la participación democrática y de los partidos políticos”; v. “De la organización del Estado”; vi. “De la rama legislativa”; vii. “De la rama ejecutiva”; viii. “De la rama judicial”; ix. “De las elecciones y de la organización electoral”; x. “De los organismos de control”; xi. “De la organización territorial”; xii. “Del régimen económico y de la hacienda pública”; y xiii. “De la reforma de la Constitución”. Finalmente, las “Disposiciones transitorias” que se articulan en 69 piezas no permanentes.

27 FERREYRA, Raúl Gustavo. *Fundamentos constitucionales*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2015. p. 221 a 243.

28 A continuación, citaré los fragmentos correspondientes con cursivas agregadas.

de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano:

(...)

4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;

(...)

6. Propender al logro y mantenimiento de la paz...

Tercera parte. El poder y su control:

Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

6. Proveer a la seguridad exterior de la República, defendiendo la independencia y la honra de la Nación y la inviolabilidad del territorio; declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin tal autorización para repeler una agresión extranjera; y convenir y ratificar los tratados de paz, de todo lo cual dará cuenta inmediata al Congreso.

Artículo 218. La ley organizará el cuerpo de Policía. La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

Cuarta parte. Las propias reformas constitucionales:

Artículo transitorio 66 (Acto Legislativo número 1 de 2012)

Los instrumentos de justicia transicional serán excepcionales y tendrán como finalidad prevalente facilitar la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera, con garantías de no repetición y de seguridad para todos los colombianos; y garantizarán en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Una Ley estatutaria podrá autorizar que, en el marco de un acuerdo de paz, se dé un tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo.

Las enunciaciones constitucionales se expresan y consuman su normatividad por intermedio de la lengua escrita. Hay países que emplean poco más de 12.000 palabras para ordenar la totalidad de su código constitucional, como la Argentina y Francia; Angola utiliza más de 25.000; en Chile ha sido menester apelar a 27.000 palabras; en Bolivia se utilizan más de 39.000; otros ejemplos, como Ecuador, necesitan más de 54.000 palabras; en México, más de 66.000 palabras²⁹; Brasil requiere la utilización de más de 76.000 palabras. Colombia ha prescrito su ordenación fundamental del Estado mediante el empleo de más de 40.000 palabras, que disponen principios y reglas permanentes y transitorios. Pareciera que cada comunidad posee un modelo peculiar para transitar el camino al paradigma constituyente y, así, fundamentar al Estado.

Por lo tanto, no es un ejercicio complicado advertir en la literatura constitucional que la CPC 1991 es probablemente el instrumento que mayores referencias hace a la “paz” o a la “convivencia pacífica”. Ha quedado demostrado en las líneas precedentes. El estado de cosas en 1991, el año de la creación de la Ley fundamental colombiana vigente, quizá haya presumido, alentado o fortalecido la posibilidad de que se la apodase –con certeza o incerteza– la “constituyente de la paz”. A nivel dogmático, un juicio mesurado dentro del derecho constitucional comparado mundial tiende a atestiguar el aserto sobre la originalidad y novedad colombiana en relación con la constitucionalización de la paz. Esto se vislumbra, con nitidez, en el plano de la concreta y pura normatividad constituyente del Estado expresada, en muchos pasajes, con belleza literaria, en el seno de la CPC 1991.

La CPC 1991 cumplirá sus primeros 25 años. El primer proceso en toda la historia de Colombia en el que varones y mujeres decidieron y definieron con determinada libertad y cierta igualdad los parámetros para la convivencia comunitaria. La voluntad general individuada a partir de la sumatoria de las individualidades de cada ciudadano, la voluntad de los colombianos por la paz no ha bastado con prescribir, en no menos de diez ocasiones, la paz o la convivencia pacífica para edificar toda su vivencia.

La paz no puede insertarse con inocencia, porque es un acto informado de todo hombre que posee cabal conciencia de sus derechos. La Asamblea constituyente de 1991 poseyó por sus propios orígenes una delegación de esa especie de voluntad general. Deliberó, en inspirado concilio, y parió un

29 FIX-FIERRO, Héctor y VALADÉS, Diego (ed.). “Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917”. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto Reordenado y consolidado. Con las reformas y adiciones hasta el 10 de julio de 2015 Ley de Desarrollo Constitucional Anteproyecto. Estudio académico*. Investigadores participantes: Daniel Barceló, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Pedro Salazar Ugarte, José María Serna de la Garza, Coordinación editorial: Raúl Márquez Romero, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

nuevo instrumento para la paz: la CPC 1991. Este texto jurídico se rige a partir de su “promulgación”, según confiesa el artículo 380 (julio de 1991, durante la presidencia constitucional de César Gaviria).

La violencia política no tiene una segura partida de nacimiento, pero sus efectos han segado la vida de cientos de miles de colombianos. Otros tantos cientos de miles debieron orientar, como han podido, su vida y la de sus familias por otros caminos. Éste es el verdadero drama de los desplazados, porque las guerras no las gana nadie, ni siquiera quienes tienen la fortuna de quedar en pie.

Para muchos, la violencia política que desemboca en el conflicto armado comienza con el “Bogotazo” de 1948 y sus ramificaciones. Desde entonces hasta 1991, la restricción de los derechos fundamentales y el absolutismo del poder, con un “menú” de estado de sitio constante, hicieron creer o considerar a muchos la existencia de una democracia constitucional “a la carta” y de forma. No fue así, ya que la exclusión de la mayor parte de la población económicamente activa generó un fervoroso proceso de desinstitucionalización progresiva, que ha sido calificado como tendencias hacia un “constitucionalismo perverso”³⁰ o una “dictadura electiva”³¹.

En cualquier caso, entre 1948 y 1991 quienes eran pobres vieron acentuada su exclusión de todos los beneficios de la comunidad. Por su parte, las oligarquías, con el mismo fiel de la balanza que han aplicado en dos centurias en América Latina, se inclinaron por el incremento desmedido de su propia riqueza, postergando el desarrollo comunitario. Solamente este fenómeno podía garantizar la violencia. Pero faltaba un elemento para el “coctel explosivo” colombiano: la producción y comercialización de la droga, en especial, la cocaína.

Hasta el presente, pese a que la paz es una referencia que recorre de Norte a Sur y de Este a Oeste el texto constitucional colombiano, la CPC 1991 no ha conseguido terminar con la violencia, ni mejorar la distribución de la riqueza ni el equilibrio productivo. El derecho constitucional puede insinuar la contención del poder, ordenarlo, disponer ciertas justificaciones y reconocimientos de derechos fundamentales, pero no es una herramienta divina.

B. Realización de la CPC 1991 en sede jurisdiccional

Antes de cerrar esta sección, deseo hacer referencia a un par de

30 GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. “Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”. Boaventura de Sousa Santos y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*. Bogotá, Siglo del Hombre, 2001, pp. 317 a 370.

31 MARQUARDT, Bernd. *Los dos siglos de Estado constitucional en América Latina (1810-2010). Historia constitucional comparada*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2010. p. 186.

decisiones de la Corte Constitucional de Colombia (en adelante, CCC). La CPC 1991 confía a la Corte Constitucional la “guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”, según se define en el artículo 240. La CCC es un tribunal muy activo, especialmente atento a la realización constitucional y, en ocasiones, también, a mi juicio equivocadamente, a la propia tarea de configuración constituyente. El desarrollo y fortalecimiento de la ordenación colombiana depende, también, de la tarea de su Corte, apreciada por su ciudadanía y por los servidores públicos.

En una de sus primeras resoluciones jurisdiccionales, la Sentencia T-102/93³², la CCC ha hecho mención al objetivo de erradicar la violencia. Con su cita, rindo homenaje también a uno de los mayores juristas, por su mayor compromiso con la paz, el juez Carlos Gaviria Díaz:

[La paz] [C]omo derecho que pertenece a toda persona, implica para cada miembro de la comunidad, entre otros derechos, el de vivir en una sociedad que excluya la violencia como medio de solución de conflictos, el de impedir o denunciar la ejecución de hechos violatorios de los derechos humanos y el de estar protegido contra todo acto de arbitrariedad, violencia o terrorismo. La convivencia pacífica es un fin básico del Estado y ha de ser el móvil último de las fuerzas del orden constitucional. La paz es, además, presupuesto del proceso democrático, libre y abierto, y condición necesaria para el goce efectivo de los derechos fundamentales. El lugar central que ocupa en el ordenamiento constitucional llevó a su consagración como derecho y deber de obligatorio cumplimiento.

Fuera de esto, yo no necesitaría agregar prácticamente nada más, porque ya lo ha expresado con excelencia dogmática Gaviria hace más de 22 años.

Este mismo lema dogmático se repite (entre otras sentencias) en el núcleo del derecho a la paz con el magistrado ponente en la T-025/2004³³. En palabras de Manuel José Cepeda Espinosa:

El derecho a la paz [al referirse a los desplazados] cuyo núcleo esencial abarca la garantía personal de no sufrir, en lo posible, los efectos de la

32 JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE SANTO DOMINGO, ANTIOQUIA. “Sentencia No. T-102/93: Referencia Expediente no. t - 6495. Peticionario: Amparo García Bustamante y otros. Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Aprobado por Acta No. 1”. Santafé de Bogotá, diez (10) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993) [consultado el 2 de febrero de 2016]. Disponible en <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-102-93.htm>>.

33 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Sentencia T-025/04. Referencia Expediente T-653010 y acumulados. Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaña, Agripina María Núñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, y otros. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa”. Bogotá, veintidós (22) de enero de dos mil cuatro (2004) [consultado el 2 de febrero de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>.

guerra, y mucho menos cuando el conflicto desborda los cauces trazados por el derecho internacional humanitario, en particular la prohibición de dirigir ataques contra la población civil.

Durante el año 2012 el Congreso de Colombia introdujo el artículo transitorio constitucional número 66 –ya citado–, que contiene determinaciones sobre la paz y la justicia transicional, al trazar su horizonte de concreción hacia el “logro de la paz estable y duradera”. La CCC, ejerciendo la administración de justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la CPC 1991, ha declarado en 2013 (Sentencia C-579/13³⁴) y 2014 (Sentencia C-577/14³⁵) la constitucionalidad de diferentes estructuras normativas del artículo transitorio 66, que habían sido cuestionadas y demandada su inexequibilidad jurídica.

Hay una nueva realización jurídica que ha de sobrevenir, posiblemente en el año 2016. Se tratará en la próxima sección. No pretendo ejercer un movimiento de traslación automática con la cita jurisprudencial invocada; por el contrario, propongo analizar las nuevas ideas. Sin embargo, convendrá conservar las propias dicciones de la CCC ejercidas en 2013 y 2014 –ya citadas–, para configurar una traslación completa de las posibilidades del todavía no nato acuerdo de paz con las FARC. Si bien en el derecho constitucional existen las semejanzas, cada asunto o problema corresponde ser enjuiciado dentro de su propia juridicidad autóctona y soberana.

5. NUEVA VARIACIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA

A. Líneas e interrogantes

He planteado que la CPC 1991 enuncia en sus cuatro partes el derecho a la paz³⁶ y los deberes de los ciudadanos y autoridades respecto de la convivencia pacífica. En el mismo momento en que se componen

34 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Sentencia C-579/13. Referencia: Expediente D – 9499. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2012 (parcial)”. Bogotá, veintiocho (28) de agosto de trece (2013) [consultado el 2 de febrero de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>>

35 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Sentencia C-577/14. Referencia: Expediente D-9819. “Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1° (parcial) y el artículo 3° del Acto Legislativo 1 de 2012 ‘Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones’”. Bogotá, seis (6) de agosto de dos mil catorce (2014) [consultado el 2 de febrero de 2016] Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-577-14.htm>>.

36 Enseña Paulo Bonavides que “... A concepção da paz no âmbito da normatividade jurídica configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais (...). O direito à paz é concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas”. Ver BONAVIDES, Paulo. “A Quinta Geração de Direitos Fundamentais”. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*. 2008, n° 3, p. 82-83.

estas letras, se encuentra en tratamiento congresual la iniciativa presidencial³⁷ “Proyecto de Acto Legislativo (2015) ‘por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para los desarrollos normativos necesarios para facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”. Pues bien, antes de analizar este instrumento en particular, es preciso señalar que para cualquier constitución, desde una perspectiva teórica sobria y suficiente, se puede determinar que hay dos universos posibles: su realización o su reforma.

El proyecto de Acto Legislativo número 4 de 2015, que tiene más de 700 palabras, reformará la CPC 1991. Corresponde preguntarse si será posible que, con tan pocas palabras de pura normatividad constitucional, se pueda alcanzar una paz relativa, enderezada con propiedad hacia su estabilidad y duración. ¿Proveerá esta nueva regla el cierre de la encarnizada violencia y, luego, la integración fraternal de todos los colombianos? Conscientemente, ¿son más de 700 palabras suficientes para determinar el faro para la concreción de la paz? ¿Será suficiente con este proceso constituyente? ¿Serán suficientes las argumentaciones volcadas en la “Exposición de motivos”?³⁸.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Como es de público conocimiento el Gobierno Nacional viene adelantando un proceso de paz con la guerrilla de las FARC-EP con el objetivo de poner fin al conflicto armado y dar paso a una fase de construcción de paz sin armas (...)

Si bien resulta imposible predecir si se llegará a la firma de un Acuerdo Final que ponga fin al conflicto armado, lo cierto es que el Gobierno tiene que estar preparado para este escenario.

(...)

Presentamos entonces a consideración del Honorable Congreso este Proyecto de Acto Legislativo que tiene dos objetivos. Por un lado, garantizar y agilizar la implementación del Acuerdo Final. Y por otro, asegurar la fidelidad entre el Acuerdo Final y los desarrollos normativos necesarios para su implementación. El Estado colombiano debe tener las herramientas necesarias para garantizar que en un tiempo razonable puede cumplir con lo acordado. Esa es la única forma de garantizar que las guerrillas dejen las armas y renuncien a la lucha armada...³⁹.

37 La iniciativa del presidente Juan Manuel Santos según su radicación congresual. Ver *Gaceta del Congreso*, n° 706 del 15/9/2015, p. 1-2, [consultado el 2 de febrero de 2016]. Disponible en: <www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=03&p_numero=04&p_consec=42747>
38 V. *Gaceta del Congreso*, n° 706 del 15/9/2015, p. 1-2, [consultado el 2 de febrero de 2016]. Disponible en: <www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=03&p_numero=04&p_consec=42747>

39 Acto Legislativo número 4 de 2015. [consultado el 1 de febrero de 2016]. Disponible en: <<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/proyecto-acto-legislativo-paz-2015.pdf>>

Realizaré una consideración, una suerte de nueva advertencia, que determina con firmeza cuanto se expone en esta sección. Para cualquier estudioso o analista extranjero, aunque jurídicamente no subordina, el “Comunicado 60”⁴⁰, al que dedicaré un breve comentario en el “Entreacto” que se abre al fin de esta sección, constituye una pieza importante porque posee propósitos políticos que deberían trasladarse en buena parte a la futura legislación que tenga origen, precisamente, a partir de la eventual sanción y promulgación del Acto Legislativo número 4 de 2015.

B. Sobre reformas

Las reformas del “libro laico”⁴¹ del pueblo de la Argentina son infrecuentes: 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994. La reforma de 1949 fue abolida por un bando militar, razón por la cual en un lapso de 163 años el texto fundacional de 1853 fue objeto de cinco reformas –que se encuentran en vigor–. Recuérdese: el poder constituyente no lo ejerce el Congreso federal sino una Convención especialmente convocada al efecto de reformar la suma regla. Conjúguese, también, en paralelo, el hecho de que una reforma puede comprender el cambio o los cambios de varios enunciados normativos o artículos. La Constitución federal argentina, actualmente en vigor y merced a las cinco reformas mencionadas, supera en alrededor de 5.000 palabras al número de palabras que poseyó el texto originario de 1853 (más de 7.000); sin embargo, la fundación ideológica y la arquitectura jurídica de la escritura mantienen las decisiones elementales asumidas en el momento constituyente originario.

Por su parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha tenido, en casi 99 años, 225 decretos de reforma constitucional, que han originado 642 cambios sobre el instrumento inventado en 1917⁴². Es posible conjeturar que la CPC 1991 ha seguido el criterio reformista gestado auroralmente por México para América Latina, cuando en 1921 ya se anotan los primeros ocho cambios al texto establecido en la ciudad de Querétaro en 1917. Frente a este

40 Presidencia de la República, *Comunicado conjunto # 60 sobre el Acuerdo de creación de una Jurisdicción Especial para la Paz, La Habana, Cuba, 23 de septiembre de 2015, Sistema informativo del Gobierno* [consultado el 1 de febrero de 2016]. Disponible en: <http://wp.presidencia.gov.co/Noticias/2015/Septiembre/Paginas/20150923_03-Comunicado-conjunto-N-60-sobre-el-Acuerdo-de-creacion-de-una-Jurisdiccion-Especial-para-la-Paz.aspx>

41 Según la acuñación de VALADÉS, Diego. “¿Qué hacer con la Constitución?”, en *Reforma*, México, 2 de febrero de 2016 [consultado el 2 de febrero de 2016]. Disponible en: <<http://www.reforma.com/aplicacioneslibre/editoriales/editorial.aspx?id=81220&md5=05567a7fe830663d1a4b14d63064c495&ta=0dfdbac11765226904c16cb9ad1b2efe&lcmd5=2ebc84d163eaf4cb937892081ba9526>>

42 Cómputo realizado hasta el 15 de julio de 2015. V. Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés (ed.). “Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917”, *Op. cit.*, p. 2-3.

panorama, para un extranjero (tanto en Colombia como en México) no es tarea sencilla descubrir ni abarcar la totalidad de las reformas, así como tampoco lo es realizar un inventario sobre la materialidad de los cambios, amén de su posición jurídica. No es una crítica. Señalo simplemente el itinerario del dogmático comparatista.

La Constitución colombiana actualmente en vigencia fue promulgada y publicada en la *Gaceta Constitucional* en julio de 1991. Desde entonces ha sido reformada con apelación a 40 “Actos Legislativos”⁴³. Como ya he planteado, la constitucionalidad de algunos de ellos o de sus fragmentos ha sido objeto de cuestionario y pronunciamiento jurisdiccional⁴⁴.

Al parecer, en Colombia, en el periodo que abarca desde 1991 hasta 2016, la dogmática ha descubierto la relatividad o no de las reformas generadas a la CPC 1991. Con economía de palabras: para algunos no se han desvanecido las prescripciones originarias de los principios y reglas que la nutren y desarrollan en las 380 piezas de su articulado permanente; para otros, las profecías de 1991 han quedado como una colcha a retazos, postura que no asumo ni comparto. En mi opinión, la CPC 1991 ha cuerpeado la “perversión” del constitucionalismo que la precedió, el “Estado fallido” que fue llamada a sanear y colmar grandemente el fracaso de la “dictadura electiva” iniciada, al menos, con la “renuncia” a la presidencia de Alfonso López Pumarejo en 1945.

No resulta sencillo consignar un correcto punto de partida para la violencia política en Colombia. La renuncia apuntada y sobre todo el despiadado asesinato de don Jorge Eliécer Gaitán (9 de abril de 1948), a lo que deben sumarse las consideraciones formuladas en las secciones anteriores, sumergen a Colombia en un clima “sin paz”. Desde 1948 Colombia fue un estado de excepción, mejor dicho, un estado en que excepcionalmente regía el derecho constitucional orientado hacia la paz, porque el Estado constitucional “se encontraba constantemente privado de su libertad” por el estado de sitio o mecanismos de limitación semejante o peor.

Cualquier análisis de los últimos 70 años, con franqueza, no puede

43 V. *Constitución Política de Colombia*, 34ª ed. Bogotá: Legis, con pie de imprenta en “julio de 2015”, donde se señala el “Acto Legislativo” 2 de 2015, Diario Oficial No. 49.560 del 1 de julio de 2015, por medio del cual “se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”, como la última enmienda constitucional, pp. 643 a 646.

44 Por ejemplo, recientemente, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, declaró inexecutable la totalidad del Acto Legislativo 2 de 2012 “por el cual se reforman los artículos 116, 152 y 221 de la Constitución Política de Colombia”. Sentencia C-740/13, [consultado el 2 de febrero de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-740-13.htm>>, Antes que eso sucediese, en el año 2009, la Corte declaró “inexecutable”, en su totalidad, el Acto Legislativo número 01 de 2008 “por medio del cual se adiciona el artículo 125 de la Constitución Política”. Sentencia C-588/09, [consultado el 2 de febrero de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-588-09.htm>>

dejar de considerar en un catálogo meramente enunciativo: *a)* el estado de sitio como instrumento utilizado por los poderes constituidos para gobernar; *b)* cientos de miles de asesinados; *c)* millones de desplazados, que perdieron sus trabajos, sus posibilidades de conseguirlos, sus viviendas, su conectividad con el sistema de salud; *d)* fractura, debilitamiento o ruptura de los lazos familiares o amicales por el propio hecho del desplazamiento forzado; *e)* personas desaparecidas; *f)* fuerte abstinencia de la ciudadanía en los comicios populares; *g)* predominio absoluto del Poder Ejecutivo; *h)* secuestros, extorsiones, ejecuciones, violaciones sexuales, torturas; *i)* colapso total e integral de la posibilidad de inclusión de la población o ciudadanía pobre, postergada o menos favorecida; *j)* edificación de un capitalismo que, con salvajismo, aumenta los bienes de los ricos y empobrece aún más a las personas de menos recursos; *k)* como se dice más arriba, el hecho de que Colombia sea el líder global en producción y distribución de cocaína es una ilicitud que se transmite por ósmosis al propio tejido social, en razón de las ondas directas e indirectas que provoca en la organización comunitaria. En fin, violación masiva de los derechos fundamentales y descontrolado ejercicio del poder. ¿Algo más? Quiérase o no, hay que hincar los dientes en el futurible “fruto” de la futura enmienda, sin ser docto en los menesteres.

C. El Acto Legislativo número 4 de 2015

Analizaré el instrumento pergeñado en sus aspectos elementales, dentro de los márgenes ilustrados por su arquitecto/a o sus arquitectos/as en la matriz jurídica. En principio, contiene dos reglas: 1) procedimiento legislativo especial para la paz, y 2) facultades presidenciales de paz. A continuación, como prefiero que el lector se conecte de manera directa con la propuesta constituyente y podamos compartir juntos alguna conclusión, citaré sus fragmentos más salientes. Pido disculpas por la extensión de la cita, pero la considero imprescindible para que el lector pueda seguir el análisis que postulo.

C.1. Sobre el procedimiento legislativo especial para la paz

La noción básica, según surge textualmente del “Artículo transitorio” que se propone, es la siguiente:

Con el propósito de agilizar y garantizar la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final), y ofrecer garantías de cumplimiento, de manera excepcional y transitoria se pondrá en marcha el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz...

Este procedimiento legislativo se extenderá por un período de 6 meses, contados a partir de la entrada en vigencia de la reforma, o a partir de la refrendación del “Acuerdo Final”, si ésta fuese posterior. “Este procedimiento podrá ser prorrogado por un período adicional de hasta seis meses más mediante comunicación formal del Gobierno Nacional ante el Congreso de la República”. Inmediatamente, se dispone que “El Procedimiento Legislativo para la Paz se regirá por las siguientes reglas”:

- a) Los proyectos de ley y de acto legislativo de que trata el presente artículo serán de iniciativa exclusiva del Gobierno Nacional.
- b) El primer debate de estos proyectos se surtirá en una Comisión Legislativa para la Paz integrada por los miembros de las comisiones primeras de Senado y Cámara y doce Congresistas adicionales designados por las mesas directivas de ambas cámaras en conjunto, preservando la representación proporcional de los partidos y asegurando la representación de las minorías étnicas.
- c) La Comisión estará presidida por las Mesas directivas y secretarios de las comisiones primeras.
- d) El segundo debate de los proyectos de ley se surtirá en el Congreso en pleno.
- e) El segundo debate de los proyectos de acto legislativo se surtirá en las plenarias de cada una de las Cámaras.
- f) Los proyectos sólo podrán tener modificaciones en el primer debate, siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previo del Gobierno Nacional.
- g) Todos los proyectos podrán ser tramitados en sesiones extraordinarias.
- h) En este procedimiento las cámaras sólo podrán improbar los proyectos. Surtido el trámite, si no ha habido improbación por mayoría absoluta, se sancionarán o promulgarán los proyectos según el caso, con las modificaciones que se hayan introducido en el primer debate.
- i) En la Comisión y en las plenarias se decidirá sobre la totalidad de cada proyecto en una sola votación.
- j) El trámite de estos proyectos comprenderá su revisión previa por parte de la Corte Constitucional en los mismos términos y con los mismos efectos previstos en el artículo 153 de la Constitución. El control de constitucionalidad de los actos legislativos se hará sólo por vicios de procedimiento en su formación. Los términos de esta revisión se reducirán a la tercera parte de los del procedimiento ordinario y no podrán ser prorrogados.

En lo no establecido en este procedimiento especial, se aplicará el reglamento del Congreso de la República.

Por de pronto, se destaca que abarcará proyectos de “leyes” y también futuros “Actos Legislativos”. En este último caso, de manera

autorreferencial, porque esta nueva reforma que está por gestarse en el Congreso habilitaría procedimientos especiales para futuras reformas. Dejo a salvo la posibilidad de que “Acto Legislativo” se refiera, con exclusividad, al propio “artículo transitorio” constitucional que se autodenomina a sí mismo. No parece ser éste el sentido sino otro: habrá nuevas propuestas de Actos Legislativos que se tramitarían dentro de los 12 meses de vigencia del transitorio constitucional, bajo las formas y mecanismos que se instituyen por el mismo artículo que se introduce.

A su vez, se contempla la intervención jurisdiccional y, por ende, “la revisión previa” por parte de la CCC. En suma, se “crearía” un nuevo espacio institucional: un “mini congreso”. En mi opinión, no es un Congreso tan pequeño; se trata de un Congreso bastante grande, con representaciones suficientes.

Ciertamente, hasta aquí, no se presencia ninguna revolución jurídica; sin embargo, un estudio razonablemente cuidadoso de cada uno de los fragmentos que comprenden la “totalidad” reformista aquí evocada mostrará la “complejidad inocultable” de los objetos jurídicos ilusionados para la paz colombiana.

Dentro de los aspectos complejos, debo señalar, en primer lugar, que si bien las reglas exigen el doble debate, los proyectos solamente podrán ser modificados en el primer debate. Pareciera entonces que el segundo debate sólo es para una legitimación política, antes que para una completar la creación jurídica. En segundo lugar, el mecanismo de la improbación constituye una verdadera novedad. Este mecanismo se eleva, con “religiosidad”, como protocolo para la configuración de los consensos legislativos y constituyentes. Pienso que la principal dificultad para “aprobar” el método de la “improbación” es de carácter epistemológico. Hay una inversión: todo será derecho siempre que no se lo desdiga ni se lo “no apruebe” con una mayoría calificada. Si “detener la guerra” implica esta adversidad, el mecanismo improbatorio tendría que ser asumido con resignada conciencia de la debilidad epistémica que significa condicionar el debate (congresual o constituyente) del modo que constitucionalmente se orienta en la propuesta de Acto Legislativo número 4 de 2015.

Dedico mi última observación al párrafo final. En el orden jurídico colombiano pareciera que suele apelarse a los “párrafos” al final de las enunciaciones normativas; en este caso, el artículo bajo comentario (“Procedimiento Legislativo Especial para la Paz”), al igual que el que se comentará en la próxima subsección, contienen la siguiente formulación normativa: “Párrafo. Este procedimiento [también las “facultades presidenciales”] sólo podrá aplicarse una vez se haya firmado y refrendado popularmente el Acuerdo Final, a través del mecanismo que se defina para tal efecto”.

Debo confesar que estas letras que se prescribirían llegan a

entusiasmarlo. El objeto constitucional producido o el saber que lo comenta y dogmatiza jamás es completo ni final. Resulta interesante el puente referido en el “parágrafo” para iluminar, acortar o corregir las distancias. La participación ciudadana, más allá de que hoy se discuta cuál va a ser la forma que va a adquirir o cómo se precipitaría, no soslaya que podamos entender que todos los colombianos y las colombianas tendrán la posibilidad de participar útilmente en una convocatoria programada por este propio instrumento, el Acto Legislativo número 4 de 2015. El “mecanismo que se defina”, más allá del *nomen juris* y su obligatorio encaje jurídico, significa un paso en la construcción de un “constitucionalismo ciudadano”, porque importa y se basa en la responsabilidad, tolerancia y compromiso en el marco de una sociedad abierta. Esta apertura, precisamente, es el mejor indicador de que la configuración del derecho constituyente de una comunidad no “debe” ni “puede” quedar a cargo, con exclusividad, de los servidores públicos o autoridades creadas por la suma regla.

Para todo tipo de decisión crucial es útil convocar al ciudadano; en este caso, a las ciudadanas y a los ciudadanos de Colombia. Sería plausible que la participación ciudadana, en comicios auténticos, distase de ser facultativa en esta ocasión; motivo por el cual la fórmula constitucional “tomar parte” en “elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, y otras formas de participación democrática”, deducida por el artículo 40, apartado 2, de la CPC 1991, también entrañaría en este caso un “deber constituyente”. Por ello, comprometido con el proceso de la paz y la participación ciudadana, apoyaría que fuese obligatorio el sufragio de todos los colombianos y las colombianas que participarían en este “mecanismo”, cuyo modelo –como se refiere– se definirá “para tal efecto”.

C.2. Sobre las facultades presidenciales de paz

Primero, como ya he propuesto, leamos directamente las palabras generadoras:

Dentro de los 90 días siguientes a la entrada en vigencia del presente artículo, o a partir de la refrendación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (Acuerdo Final) si ésta fuese posterior, facúltase al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley necesarios para facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo Final.

Estas facultades podrán prorrogarse por una sola vez durante 90 días más mediante Decreto Presidencial. Vencido este plazo las leyes ordinarias necesarias para facilitar y asegurar la implementación del Acuerdo Final se tramitarán por el procedimiento establecido en el artículo anterior.

Las anteriores facultades no podrán ser utilizadas para expedir actos legislativos, leyes estatutarias y leyes orgánicas.

El Gobierno Nacional entregará informes periódicos al Congreso de la República sobre el cumplimiento y desarrollo de este artículo.

Los decretos con fuerza de ley que se dicten en desarrollo de este artículo tendrán control de constitucionalidad automático y posterior a su entrada en vigencia. El procedimiento de revisión de constitucionalidad de estas disposiciones deberá surtirse por parte de la Corte Constitucional dentro de los 2 meses siguientes a su aprobación.

Ya he indicado más arriba, al comentar el artículo 188 de la CPC 1991, y ahora lo refuerzo, que, en efecto, la Constitución colombiana de 1991 mantiene un enunciado casi inédito en América Latina: "... el presidente de la República simboliza la unidad nacional, y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos". Si está en la Constitución, debe ser acatado. Que el presidente de la República sea el líder del proceso constitucional y de la unidad nacional no es reconducir a un patrón de validez, sino que se refiere a la unión nacional. En ese caso, en este momento, Juan Manuel Santos (o en el futuro quien lo sucediere, ya que tiene prohibida una nueva reelección) es el símbolo de la unidad nacional porque así lo prescribe la CPC 1991. La Constitución federal de la Argentina no sostiene nada en términos semejantes; la Constitución de Brasil tampoco.

La "unidad nacional", a mi juicio, correspondería ser interpretada dentro de las acepciones que entrega el *DRAE*: 1) "unión o conformidad", 2) "propiedad de un estado de un ser [Colombia] en virtud del cual no puede dividirse sin que su esencia se altere o destruya". Desde una perspectiva intensa, la "unidad nacional" pareciera suponer o podría significar la aptitud excepcional de la rama ejecutiva para la concreción, es decir, el "hilván fino" de la paz. Sin embargo, yo no pienso así.

Queda claro que se habilita al presidente para dictar "decretos con fuerza de ley necesarios" con el fin de facilitar y asegurar el Acuerdo Final. Infiero que, aunque el Proyecto dice "decretos", y el artículo 150, numeral 10, se refiere a "normas", ambos aluden a la misma cosa. Cabe recordar que la existencia de estos instrumentos ha sido objeto de reiteradas y acertadas críticas de la doctrina. La legislación por parte de las ramas ejecutivas significa un abuso del derecho, se encuentre o no se encuentre constitucionalizada⁴⁵.

Invitado a Bogotá para este importante encuentro, no he

⁴⁵ Por ejemplo, en la Argentina, desde julio de 1989 hasta agosto de 1994, el presidente Carlos Menem abusó del derecho constitucional, apeló a la legislación emanada del Ejecutivo, en escándalo jurídico y degradación de la suma regla. Lamentablemente, el poder constituyente en 1994 introdujo esta "pócima venenosa" en el art. 99, inc. 3, de la Constitución federal de la Argentina.

cambiado mis ideas repulsivas sobre estos “engendros maliciosos” que se entregan a los ejecutivos presidencialistas para legislar como si fuesen congresos, convenciones o asambleas individuadas en la singularidad pasional y racional de una sola persona –a la sazón, el presidente–, más allá de los recaudos que se imponen en diferentes textos respecto de la participación ocasional y “simpática” de los ministros del gobierno.

Constitucionalmente, no parece la mejor idea aumentar las facultades de un presidente que tiene competencias distinguidas y desarrolladas en la CPC 1991. Esto implicaría incrementar potencialmente lo ya incrementado con vastedad sombría. Resulta natural que en el proceso de paz tienen que actuar los sujetos, por eso la propuesta es plural. Las soluciones colegiadas o interorgánicas serán siempre superiores debido a las fórmulas de consenso amplias y abarcativas que, por naturaleza, no poseen las individuales de un presidente.

No puedo afirmar que las atribuciones constitucionales al presidente no existen. Mi preferencia de *constitutione ferenda* apunta a su abolición; ahora, meramente de *constitutione lata*, optaría por su no concesión individual y la apertura de un colegiado para la paz. Me queda sólo un alivio, la temporalidad: serán 90 días más 90 días, y nada más. ¿180 días para estar pendientes de la exorbitancia, desvíos o abusos del poder del Ejecutivo? ¿O el acierto más certero y pacificador?

6. BIS. ENTREACTO. “COMUNICADO CONJUNTO 60 SOBRE EL ACUERDO DE CREACIÓN DE UNA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ”

Este Comunicado fue dado a conocer en La Habana, Cuba, el 23 de septiembre de 2015, por el Gobierno de la República de Colombia y las FARC-EP. Aunque no es un objeto jurídico, sus anuncios encuentran ligazón relevante con los hechos y actos que se promocionarán a partir de la reforma mentada en la sección V. En resumen, sus puntos más significativos son las siguientes:

1. [Los firmantes] (...) reafirman su compromiso con los acuerdos logrados hasta la fecha (...)⁴⁶.
2. [Se postula la creación de] una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (...)
3. [Se acordaría crear] una Jurisdicción Especial para la Paz⁴⁷.

46 “Hacia un Nuevo Campo Colombiano: Reforma Rural Integral”, “Participación política: Apertura democrática para construir la paz” y “Solución al Problema de las Drogas Ilícitas”.

47 “Que contará con Salas de Justicia y con un Tribunal para la Paz. Las Salas y el Tribunal estarán integrados principalmente por magistrados colombianos, y contarán con una participación minoritaria de extranjeros que cumplan los más altos requisitos. La función esencial de las Salas y del Tribunal para la Paz es acabar con la impunidad, obtener verdad,

4. [Se determina que] a la terminación de las hostilidades, el Estado colombiano otorgará la amnistía más amplia posible por delitos políticos y conexos⁴⁸
5. La Jurisdicción Especial para la Paz tendrá competencia respecto de todos los que de manera directa o indirecta hayan participado en el conflicto armado interno (...) ⁴⁹.
6. La Jurisdicción Especial para la Paz contempla dos tipos de procedimientos: uno para quienes reconocen verdad y responsabilidad, y otro para quienes no lo hacen o lo hacen tardíamente (...) ⁵⁰.
7. Las sanciones que imponga el Tribunal tendrán como finalidad esencial satisfacer los derechos de las víctimas y consolidar la paz y deberán tener la mayor función restaurativa y reparadora del daño causado (...) ⁵¹.
8. Para acceder a cualquier tratamiento especial dentro de la Jurisdicción Especial será necesario aportar verdad plena, reparar a las víctimas y garantizar la no repetición.
9. [Queda sujeta] (...) la participación de las FARC-EP, en el sistema integral, a la dejación de armas, que deberá comenzar a más tardar a los 60 días luego de la firma del Acuerdo Final.
10. [Se manifiesta que una futura transformación] de las FARC-EP en un movimiento político legal resulta “objetivo compartido” y contará con todo el apoyo del Gobierno en los términos que se acuerden.

contribuir a la reparación de las víctimas y juzgar e imponer sanciones a los responsables de los graves delitos cometidos durante el conflicto armado, particularmente los más graves y representativos, garantizando la no repetición”.

48 “No serán objeto de amnistía o indulto las conductas tipificadas en la legislación nacional que se correspondan con los delitos de lesa humanidad, el genocidio y los graves crímenes de guerra, entre otros delitos graves como la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada, las ejecuciones extrajudiciales y la violencia sexual: serán objeto de investigación y juzgamiento por parte de la Jurisdicción Especial para la Paz”.

49 Se incluye a las “... FARC-EP y a los agentes del Estado, por los delitos cometidos en el contexto y en razón del conflicto, en especial respecto de los casos más graves y representativos”.

50 A quienes reconozcan la verdad se les impondrá una sentencia, “fundada en las conductas reconocidas después de haber sido contrastadas las investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, las sanciones impuestas por otros órganos del Estado, las sentencias judiciales existentes, así como la información que provean las organizaciones de víctimas y de derechos humanos. Los [otros] (...) enfrentarán un juicio contradictorio ante el Tribunal”.

51 “Para todos aquellos que reconozcan responsabilidades por los delitos competencia del Sistema, la sanción tendrá un componente de restricción de libertades y derechos que garantice el cumplimiento de las funciones reparadoras y restauradoras de las mismas mediante la realización de trabajos, obras y actividades y en general la satisfacción de los derechos de las víctimas. Las sanciones para quienes reconozcan delitos muy graves tendrán un mínimo de duración de cumplimiento de 5 años y un máximo de 8 de restricción efectiva de la libertad, en condiciones especiales. Las personas que hagan dicho reconocimiento de manera tardía ante el Tribunal serán sancionadas con pena de prisión de 5 a 8 años, en condiciones ordinarias. Para tener derecho a la pena alternativa, se requerirá que el beneficiario se comprometa a contribuir con su resocialización a través del trabajo, capacitación o estudio durante el tiempo que permanezca privado de la libertad. Las personas que se nieguen a reconocer su responsabilidad por tales delitos y resulten culpables serán condenadas a pena de prisión hasta de 20 años, en condiciones ordinarias”.

La fórmula matriz política encaja en la búsqueda y establecimiento de un encuentro de ideas hacia una paz estable, duradera y –recordemos– relativa. Si acordamos que la guerra, el conflicto bélico, es un “encuentro violento”⁵² que sólo implica derramamiento de sangre; ahora resulta imperioso procurar un “encuentro” con los principales argumentos del texto citado.

En primer lugar, todo pareciera desarrollarse dentro del pacifismo: detener la máquina de la muerte, la guerra o conflicto armado. El objetivo conduciría hacia el desarrollo de un “pacifismo activo”⁵³, porque todo desembocaría en la eliminación, con firmeza y actividad, de la guerra o conflicto armado no internacional.

En segundo lugar, el “mundo hacia la paz” se distinguirá entre los ámbitos que podrán ser objeto de olvido constitucional y aquellos que no serán susceptibles de olvidar. Sobre la amnistía, en el artículo 150 de la CPC 1991, numeral 17, se dispone:

Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...) 17. Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra Cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar.

A primera vista, pareciera que el metalenguaje básico sería: “hágase la luz de la paz, antes que la justicia”. Sin embargo, existe un fragmento del mundo de la paz cuya instrumentación depende de la prohibición de olvido. Así, pues, el “Comunicado 60” se pronuncia respecto de las determinaciones de conducta que “no serán objeto de amnistía”. Intuyo que se tiene en consideración, entre otros importantes elementos, la saga jurisdiccional iniciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso “Barrios Altos vs. Perú”, Sentencia del 14 de marzo de 2001, al decidir que las leyes de amnistía incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos carecen de efectos jurídicos.

En tercer lugar, el 14 de agosto de 1995 Colombia ha ratificado el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter

52 COUSIN, Victor. *Cours de Philosophie: Introduction à l'histoire de la philosophie*. Paris: Pichon et Didier, Editeurs, 1828, p. 29: “Si la guerre n'est autre chose que la rencontre violente, le choc des idées exclusives des différents peuples, il s'ensuit que dans ce choc l'idée qui sera plus faible sera détruite par la plus forte, c'est-à-dire sera absorbée et assimilée par elle; or la plus forte idée dans une époque est nécessairement celle qui est le plus en rapport avec l'esprit même de cette époque”.

53 BOBBIO, Norberto. *El problema de la guerra...*, Op. cit., p. 69-93.

internacional, de 1977⁵⁴. En su artículo 6 se dispone:

Diligencias penales

1. El presente artículo se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado.

(...)

5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

La CPC 1991 ha sido pionera en configurar el diseño de la prevalencia jurídica de los instrumentos jurídicos internacionales que reconocen los derechos humanos, según manda su artículo 93; ello en plena consonancia con la exquisita ordenación alumbrada en el artículo 4: “La constitución es norma de normas”. En consecuencia, la dogmática colombiana tiene tarea por delante: descifrar el emplazamiento del olvido y descifrar el emplazamiento de todo aquello que nunca será contemplado como tiempo perdido, porque, a su respecto, regirá la prohibición de olvidar.

En cuarto lugar, verificada la existencia del delito –para quienes quedasen fuera de la amnistía– se peticionará el ejercicio de cierto poder punitivo sobre la persona identificada como su sujeto activo. La consecuencia del delito es fundamentalmente la pena estatal; aunque, como se ha señalado, la coerción penal opera en mucho mayor medida fuera de esta hipótesis, cuando el ejercicio del poder punitivo aparece legitimado por leyes con función punitiva no manifiesta o con función latente eventualmente punitiva, como también en los supuestos en que la pena es consecuencia de una actividad delictiva de agentes del propio Estado, sin contar con el poder punitivo positivo o configurador, que escapa totalmente a la formalización judicial⁵⁵. Por lo tanto, para quienes queden fuera del campo de la amnistía existiría una sanción diferente; es decir, para quienes reconozcan delitos muy graves, las penas tendrían un mínimo de duración de cumplimiento de 5 años y un máximo de 8 de restricción efectiva de la libertad, en condiciones especiales.

En este sentido, se ofrecería una reducción punitiva, pero dentro del principio de legalidad, aunque existen voces propias que sospechan la presencia del principio de oportunidad⁵⁶. En mi opinión, la coerción

54 Los Estados Parte pueden ser consultados en <https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=475> [consultado el 1 de febrero de 2016].

55 V. ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2002. p. 875-876.

56 GARZÓN CÁRDENAS, Ricardo. “¿Cuánta justicia? Las herramientas del derecho ante las pretensiones punitivistas en la actual transición política. Reflexión con ocasión del

penal se mantiene dentro de la orfebrería trazada por la juridicidad que emana de la CPC 1991. En otras palabras, principio de legalidad y no de oportunidad. Por ello, sostengo que la diferente relación en la escala punitiva no obedecerá a la aplicación del principio de oportunidad⁵⁷, ya que nos encontraríamos frente a ciertos “obstáculos excluyentes de punibilidad”⁵⁸ que atenúan el reproche conminado en origen (Código Penal) de modo decisivo⁵⁹, y que surgen propiamente de la utilización oportuna del principio de legalidad. En rigor, no se trata de causas que impongan la absolución, sino que su existencia –puesto que es siempre concomitante con el delito– descarta *ab initio* la operatividad de la totalidad de la coerción penal conminada para determinaciones de conducta semejantes alojadas en el orden jurídico.

En quinto lugar, una de las cualidades elementales del Estado constitucional reside en el monopolio de la creación y realización jurídica, hasta determinado punto. Dentro de sus competencias, la impartición jurisdiccional constituye una simiente natural. Llama la atención la existencia en el vocabulario jurídico del término “justicia transicional”: un esfuerzo sometido a varios errores. Ontológicamente, dentro de la realidad mundana nada es eterno, razón por la cual todo lo que nació perecerá y quizá también se transformará antes de perecer. Luego, desde la gnoseología o el saber dogmático no se puede aseverar que puedan coexistir dos rivales en la creación y realización constitucional: una divinidad apodada “transicional” y la otra, por mera oposición, “no transicional”. La jurisdicción no es una criatura en soledad, pero sí es una criatura única e indivisible que comparte el rango con la legislación y la administración estatal.

En sexto lugar, la jurisdicción especial para la paz es casi una obligación lógica de este proceso. Un hallazgo encarrilado a profesar verdad. Al mismo tiempo, la insinuación sobre una futurible invitación a magistrados extranjeros constituirá un hecho plausible, por la riqueza que surgiría de la diversidad en la alta versación jurídica requerida tanto para la reparación como para la punición. Este hecho también será de destacar por su originalidad e innovación; además, no dejaría de ser un milagro dialéctico en toda América Latina, por múltiples razones.

En séptimo lugar, se procura el “adiós a las armas”. Su dejación marcará el comienzo del fin. Un esfuerzo brutal por destruirlas o

sometimiento de los miembros de las FARC a la justicia en el marco del proceso de paz con el gobierno”, escrito cedido gentilmente por su autor, obrante en mi archivo personal.

57 Julio B. Maier señala que “oportunidad” significa la posibilidad de que los órganos públicos, a los cuales se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos concreta de su concreción, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social u otras razones de política criminal. V. MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal, Fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, tomo I. p. 834-841.

58 V. E. Raúl Zaffaroni et al. *Derecho Penal*, Op. cit., p. 880-881.

59 V. E. Raúl Zaffaroni et al. *Derecho Penal*, Op. cit., p. 880-881.

eliminarlas. Resultará relevante, también en este momento auroral, la presencia de veedores extranjeros. Por lo demás, el dejar las armas podrá hacer que se vislumbre si los colombianos que se desarmen pueden obtener semejantes resultados sin acudir al encuentro mortal que supone la guerra, el conflicto beligerante.

En octavo lugar, una de las proposiciones iniciales del “Comunicado 60” reza: “el esclarecimiento de la verdad”. La “verdad” designa “una familia de conceptos mutuamente irreductibles, porque no son definibles entre sí”. Por ejemplo, se pueden distinguir la verdad formal, la verdad factual, la verdad moral y la verdad ficticia; con tranquilidad se ingresa a la irreductible comprensión de una verdad conjeturada como única. Inevitablemente, debo pensar que las pretensiones se orientan a la investigación y disertación sobre alguna “verdad factual”: adecuación o correspondencia de las ideas con la realidad, en la que se necesita, a su vez, un criterio de verdad, una regla para decidir si una determinada proposición factual es verdadera o falsa (por completo o hasta cierto grado)⁶⁰.

Por último, dicho establecimiento de la verdad factual se asignará a una “Comisión”. En caso de establecerse, tendrá una tarea fundacional, porque en la certeza o incerteza de sus determinaciones factuales se apoyará y dependerá, sin alegorías ni fatalismos, la convivencia presente y futura en un marco de paz relativa. No hay mayor decepción que la ignorancia o el desconocimiento doloso sobre los sucesos de crímenes, guerras y desplazamientos que han aterrorizado a los colombianos.

COMENTARIOS FINALES

Primero. Suele creerse que la lengua del derecho constitucional alcanza una condensación más elevada o será mejor identificada por las ordenaciones que se prescriben en su “expreso y propio decir”, que por el mundo que espacialmente se encuentra fuera de ellas, que queda sin el gobierno de las prescripciones de su *fluir lexical*; esto es, sin dicción constituyente, el mundo no jurídico. La lengua del derecho constitucional puede ser un código para la paz. Su texto o escritura es la literatura seglar⁶¹ de los ciudadanos que integran el pueblo de la comunidad estatal.

Segundo. El derecho constitucional fundamenta al Estado y debe cumplir un servicio supremo: con sus procesos formales, debe articular y mantener el constituyente supremo de la paz. Porque sin paz no habrá

60 BUNGE, Mario A. *Diccionario de Filosofía*. México: Siglo XXI, 2001. p. 216.

61 Los enunciados normativos siempre conducen al ciudadano o servidor público a un sitio de mayor reverencia o menor “religiosidad”. La Constitución de Francia de 1958, en su art. 1, define con sobriedad y rotundidad eminente la tajante separación entre “la Iglesia y o cualquier culto religioso” y el Estado constitucional: “La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale”. Resulta innecesario mencionar mi elección por esta fórmula normativa tan preciosa. He aprendido que “los estados de cosas vitales” deben ser pronunciados de entrada; en tales condiciones, pues, a la no confesionalidad, la cabecera le corresponde por derecho propio.

justicia ni libertad.

Tercero. Hay palabras con las que nadie desea quedar nunca ligado, por ejemplo, “guerra”, “terror”, “racismo”, “muerte”, “contaminación”. Sin embargo, hay otras que generan el deseo de que todas las personas se encuentren inclinadas a discurrir sobre ellas: “tolerancia”, “maternidad”, “protección ambiental” y, por supuesto, “paz”. Con excepción de algunas teocracias islámicas o algunos jeques asiáticos, resulta imposible encontrar un sistema de ordenación estatal que no pregone, no programe, no estimule o de cualquier forma rinda pleitesía y tributo a la paz; aunque ello, desgraciadamente, en la vida cotidiana no suceda.

Cuarto. Reproduzco una cita que siento irresistible, perteneciente a Aleksandr Herzen: “con la violencia y con el terror se difunden religiones y políticas, se fundan imperios autocráticos y repúblicas inescindibles, con la violencia se puede destruir y despejar el lugar, nada más”⁶². Aquí, en Colombia, durante 70 años se ha destruido y despejado el lugar. En tales condiciones, se debe resolver un problema crucial y amenazante en el que están involucrados los colombianos, en cuyo desarrollo han nuestro miles y miles de personas, y se ha llevado a la mayoría de sus ciudadanos a una situación de retroceso económico evidente, amén de la postergación y los desplazados por la guerra. Felizmente, la abrumadora mayoría de sus ciudadanos brega por la paz.

Quinto. La violencia se acerca más y más a una suerte de “sepulturera de la historia”⁶³. Colombia se halla en un laberinto. Puede llegar a surgir un cambio histórico decisivo. La paz es una conquista; por lo cual, una vez conquistada, habrá que desarrollarla y mantenerla, porque se la puede perder nuevamente. La riqueza literaria de la CPC 1991 no ha bastado, aún, para concretar la paz relativa.

Sexto. Los instrumentos pergeñados que se evalúan en la sección V son, en sí mismos, novedosos y originales. No recuerdo que una comunidad haya decidido alcanzar la paz o procurar la paz por intermedio del derecho constitucional, en los términos que aquí se estudian. Parece algo cercano la utopía. Pero ¿qué son las constituciones si no afirmaciones capitales marcadas de utopías para la paz? Una novedad de tal entidad debería invitar a que todos los colombianos y las colombianas estuvieran bien dispuestos a considerar su participación, pese a que muestren su desacuerdo a cabalidad. También debería ser apoyado desde América Latina; porque alcanzar la paz por intermedio del derecho constitucional es francamente una originalidad magnífica, una magnífica oportunidad.

Séptimo. El proceso de paz exige la reparación mínimamente con el establecimiento y divulgación de la verdad factual. Decir verdad es el primer

62 HERZEN, Aleksandr L. *A un vecchio compagno*. V. Strada (ed.). Turín: Eunadi, 1977, p. 6-8, su cita por Norberto Bobbio. *El problema de la guerra...*, Op. cit., p. 19.

63 BOBBIO, Norberto. *El problema de la guerra...*, Op. cit., p. 20.

paso hacia la reparación de una comunidad de víctimas. Los horrores del conflicto armado deben ser investigados y comunicados al ágora pública.

Resulta plausible la determinación del referendo popular del Acuerdo Final de Paz, por intermedio “del mecanismo que se defina para tal efecto”, porque no puede entreverse otra conclusión a partir de los “parágrafos” que se inscriben en el Proyecto de Acto Legislativo número 4 de 2015. El Estado constitucional se ha expandido globalmente y en su seno –por definición jurídica usual– el sufragio universal, secreto e igual da forma y conduce al proceso más elemental –de los hasta ahora conocidos– para que se desenvuelva, con legitimidad, la participación auténtica de cada uno de los ciudadanos libres que integran el pueblo en pos de configurar el orden al que prestarían su consentimiento, al quedar obligados a acatarlo, con la mismidad de su voto. En este caso, los “procedimientos” que se programan y las “facultades” que se conferirían por intermedio del Acto Legislativo número 4 de 2015 sólo podrían “aplicarse” si se produce la mentada participación de la ciudadanía. Quizá sea una certeza que la defensa del voto resida, sustantivamente, en que por su vía se autoriza a que la “gente (en teoría) se deshaga de los gobiernos impopulares”⁶⁴; en este caso, sucedería con el constituyente político y jurídico del propio proceso de paz.

Octavo. La historia demuestra que el margen de impunidad para solucionar un conflicto bélico no internacional siempre ha de estar presente. Nótese que ninguno de los instrumentos ni decisiones comentadas alienta ni mucho menos una total impunidad. Dijo don Benito Juárez, en 1867, al volver a la Capital de la República, en un fragmento de su “Manifiesto”: “Que el pueblo y el gobierno respeten los derechos de todos. Entre los individuos, como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz”⁶⁵. Como he planteado al comienzo de este artículo, se trata de otro esfuerzo más que los ciudadanos y las ciudadanas del pueblo de Colombia deben realizar si quieren vivir en paz.

Noveno. Erasmo de Róterdam, uno de los “pensadores mayores” en toda la historia de la humanidad, creyó que la paz se encontraba en la naturaleza. Asustado por el flagelo de la guerra, escribió probablemente hace casi 500 años un encomio con cita de Silio Itálico: “Paz, la mejor de las cosas que la naturaleza dio al hombre”⁶⁶. Pese a que juzgo que la concordia no se encuentra en la naturaleza, dado que la naturaleza de la paz es artefactual, un objeto de creación totalmente humana, sí estoy

64 HOBBSAWM, Eric. *Guerra y paz en el siglo xxi*. Barcelona: Crítica, 2006. p. 102.

65 Ver Benito Juárez. “Manifiesto de Benito Juárez al volver a la Capital de la República”, de 15 de julio de 1867, en JUÁREZ, Benito. *Documentos, discursos y correspondencia, selección y notas de Jorge L. Tamayo*. México: Secretaría del Patrimonio Nacional, 1967, t. 12, p. 248- 250, [consultado el 1 de febrero de 2016]. Disponible en: <http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/sites/fondo2000/vol2/22/htm/sec_11.html>

66 V. RÓTERDAM, Erasmo de. “*Querella de la paz. De cualesquiera pueblos echada y derrotada*”, en *Obras escogidas*. Buenos Aires: Aguilar, 1964. p. 972.

convencido de que es el mejor de todos los estados de cosas en el que pueden vivir los hombres.

Si maldito ha de ser el que sea que haya inventado la guerra⁶⁷, sin ingresar a ninguna moral objetiva, deberían ser “benditos” quienes procuren su ausencia o su finalización. El Homo sapiens, como especie animal, tiene una edad de alrededor de 2.500 siglos, aunque los cimientos de sus progresos en los últimos 5 han sido posiblemente muy superiores que durante los 2.495 anteriores. El desarrollo, perfeccionamiento y expansión de la escritura ha sido fenomenal para depositar y transmitir conocimientos. Pese a ello, sigue vigente el problema inflexible y espantoso: “¿Hemos de poner fin a la raza humana, o debe la humanidad renunciar a la guerra?”⁶⁸. No hay oposición más radical e inspirada; la continuidad de la vida del hombre podría alentar un mejoramiento de las condiciones sobre su frágil existencia, porque su opuesto –el conflicto armado– por conocido no deja de contener nuestra rebelión hacia sus estremecedores resultados: cadáveres, violaciones, torturas, desplazamientos, pobreza y exclusión.

Décimo. Antes de la caída del telón para este “Manuscrito...”, deseo recordar otra vez a nuestro humanista: “Solamente al animal humano fuele dada la palabra, principal conciliadora de amistades”⁶⁹. Cuánta afinidad con los propósitos de este texto, en el que la escritura intenta fundirse con el análisis jurídico. No hay nada subrepticio en este “Manuscrito...”. Apenas palabras que intentan ordenarse hacia la paz. La paz de la República de Colombia, con sus ciudadanos entregados a la benevolencia mutua y a la concordia emergente de los significados racionales de sus palabras.

Pretendería que mis palabras, a falta de cualquier otra consideración, fuesen interpretadas bajo el sello de una sola posesión e intransigencia: sublevación total, insubordinación completa, desobediencia absoluta y rebelión terminante contra la guerra o cualquier conflicto armado o semejante, interno o externo, que cancele la vida humana, como lo hizo y lo hace el encuentro violento, la beligerancia armada entre los hombres. Por todo ello, este texto puede ser acusado de parcialidad, ya que mi rebeldía contra la guerra no tiene cura ni conciliación racional⁷⁰.

67 MARLOWE, Christopher. Tamburlaine the Great, Part. I, Act II, Scene IV, “Accurs’d be He that First Invented War”, [consultado el 3 de febrero de 2016]. Disponible en: <http://www.gutenberg.org/files/1094/1094-h/1094-h.htm#link2H_4_0010>

68 V. RUSSELL, Bertrand, EINSTEIN, Albert et al. *Manifiesto Russell-Einstein...*, Op. cit.

69 Erasmo de RÓTERDAM. “Querella de la paz. De cualesquiera pueblos echada y derrotada”, Op. cit., p. 968.

70 Este artículo se publicó originalmente en la revista electrónica Nuevos paradigmas de las Ciencias Sociales, vol VI, n° 12, julio-diciembre 2015 [febrero-marzo de 2016], Instituto Latinoamericano de Altos Estudios en <www.ilae.edu.co>, Bogotá. Aquí se agradece la autorización para su reproducción en papel.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV. *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia. Comisión histórica del conflicto y sus víctimas*. Bogotá: Ed. Desde abajo, 2015.

AA.VV. *Internacionalización del Derecho constitucional, constitucionalización del Derecho internacional*. Buenos Aires: Eudeba, 2012.

ARISTÓTELES. *Física*. Trad. G. R. de Echandía. Madrid: Gredos, 2007.

ARLT, Roberto. *“Palabras del autor”, a Los lanzallamas*. Buenos Aires: Compañía General Fabril Editora, 1968.

BENDA, Ernesto et al. *Manual de derecho constitucional*. Trad. A. López Pina, Madrid, Marcial Pons, 1996.

BERLIN, Isaiah. *Sobre la libertad*. Trad. J. Bayón et al. Madrid: Alianza, 2009.

BIDART CAMPOS, Germán J. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del Derecho*. Trad. Alfonso Ruiz Manero. Valencia: Torres Editor, 1980.

BOBBIO, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 2008.

Bonavídes, Paulo. “A Quinta Geração de Direitos Fundamentais”. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça*. 2008, n° 3, p. 82-83.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 26ª ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2011.

BORN, Max; BRIDGMAN, PERCY W.; EINSTEIN, Albert; INFELD, Leopold; JOLIOT-CURIE, Frédéric; MULLER, Hermann; PAULING, Linus; POWELL, Cecil F.; ROTBLAT, Joseph; RUSSELL, Bertrand y YUKAWA, Hideki. *Manifiesto Russell-Einstein: Una declaración sobre armas nucleares difundida a la prensa en Caxton Hall, Londres, 9 de julio de 1955* [en línea]. [fecha de consulta: 1 de febrero de 2016]. Disponible: <<http://www.filosofia.org/cod/c1955rus.htm>>

BULYGIN, Eugenio. “Sobre el problema de la objetividad del Derecho”, en AA.VV., Nancy Cardinaux, Laura Clérico y Aníbal D’Auria (ed.). *Las razones de la producción del Derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, 2006.

BUNGE, Mario A. *Diccionario de Filosofía*. México: Siglo XXI, 2001.

CAMUS, Albert. *L’Homme révolté*. Paris: Œuvres, Gallimard, 2013.

CARRIGAN, Ana. El palacio de justicia. Una tragedia colombiana. Bogotá: Icono, 2009.

CICERÓN, Marco Tulio. Obras políticas. Trad. Álvaro D'Ors et al. Madrid: Gredos, 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Sentencia C-579/13. Referencia: Expediente D - 9499. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2012 (parcial)”. Bogotá, veintiocho (28) de agosto de trece (2013) [consultado el 2 de febrero de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm>>

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Sentencia T-025/04. Referencia Expediente T-653010 y acumulados. Acción de tutela instaurada por Abel Antonio Jaramillo, Adela Polanía Montaño, Agripina María Núñez y otros contra la Red de Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Ministerio de Protección Social, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio de Educación, el INURBE, el INCORA, el SENA, y otros. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa”. Bogotá, veintidós (22) de enero de dos mil cuatro (2004) [consultado el 2 de febrero de 2016]. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. “Sentencia C-577/14. Referencia: Expediente D-9819. “Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º (parcial) y el artículo 3º del Acto Legislativo 1 de 2012 Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones””. Bogotá, seis (6) de agosto de dos mil catorce (2014) [consultado el 2 de febrero de 2016] Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-577-14.htm>>

COUSIN, Victor. *Cours de Philosophie: Introduction à l'histoire de la philosophie*. Paris: Pichon et Didier, Éditeurs, 1828.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta, 2011, tomo I.

FERREYRA, Raúl Gustavo. “Fundamentos del Estado: Notas sobre la regla de subordinación al derecho de la Constitución en Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador y México”. *Revista electrónica Nuevos paradigmas de la Ciencias Sociales*. 2015, vol 6, n° 11, p. 7-58. Disponible en <<http://www.iliae.edu.co/Publicaciones/files/02.%20Ferreyra%20subordinacion.pdf>>.

FERREYRA, Raúl Gustavo. *Fundamentos constitucionales*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2015.

FIX-FIERRO, Héctor y VALADÉS, Diego (ed.). “Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917”. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto Reordenado y consolidado. Con las reformas y adiciones hasta el 10 de julio de 2015 Ley de Desarrollo Constitucional Anteproyecto*.

editorial.aspx?id=81220&md5=05567a7fe830663d1a4b14d63064c495
&ta=0dfdbac11765226904c16cb9ad1b2efe&lcmd5=2ebc84d163eeaf4c
b937892081ba9526>

VALADÉS, Diego. *La lengua del derecho y el derecho de la lengua*. México: Academia Mexicana de la Lengua-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 2002.

NORMA EDITORIAL

PRESENTACIÓN

Cómo surgió la revista

La Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión es un espacio creado por la Secretaría del TPR para la publicación de artículos académicos que traten temas generales del derecho como regionalismo, integración, organizaciones internacionales y en especial el derecho del MERCOSUR.

Los idiomas de la revista son los idiomas oficiales del MERCOSUR: español y portugués. La frecuencia de la publicación es semestral.

Temas y alcance

Aunque el proyecto tenga como finalidad central la difusión del derecho del MERCOSUR, la publicación no se restringe al derecho de la organización regional. Pueden integrar el proyecto producciones académicas que traten el marco jurídico mercosureño, como el derecho internacional general, el derecho internacional económico y el derecho de la integración.

Sistema de revisión

Los trabajos presentados son analizados por un consejo técnico bajo la modalidad double blind review, es decir, de forma anónima. Los miembros del consejo técnico son profesores, estudiosos e investigadores de derecho con notable trayectoria académica y poseen plena libertad para criticar, revisar, aprobar y reprobar los artículos presentados. Su identificación es reservada y se considera la revisión emitida como si fuera de la revista.

Los artículos son inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados. Los artículos son sometidos a un programa de detección de plagio. Si el programa detecta citas bibliográficas que no son referenciadas correctamente, el trabajo no es publicado.

En lo que se refiere a la forma, los artículos deben atender a criterios y requisitos establecidos en esta norma editorial. Tales criterios de formato constituyen, conjuntamente con el análisis de contenido, condición esencial para su publicación, por lo que serán sometidos a consideración del Equipo Editorial.

Gratuidad de la publicación

La revista no tiene fines lucrativos.

El envío y la publicación de los artículos no están sujetos a ningún costo.

El contenido publicado está totalmente disponible online de forma gratuita.

Criterios generales para la aceptación de manuscritos

Los artículos serán inéditos, de rigor científico y no representan en ninguna hipótesis la opinión del TPR en cuanto a los temas abordados por el autor.

La revista se reserva todos los derechos legales de reproducción del contenido.

El envío de artículos por el autor implica autorización para su publicación en la Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Este proceso finaliza con la firma de una carta de cesión de derechos por parte del autor. El envío de artículos será hecho exclusivamente a través de la página de la revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Bajo ningún concepto se recibirán artículos por otro medio de comunicación.

Conflicto de interés: cualquier interés de autores, revisores y editores que pueda influenciar la elaboración o evaluación de un artículo debe ser declarado para la identificación de posibles conflictos de interés. Una vez reconocido el conflicto de interés el artículo será rechazado.

Índices

Actualmente la RSTPR es miembro de CrossRef y está indizada en las siguientes bases de datos: Latindex, DOAJ, SciELO, Qualis Capes categoría B1 y REDIB.

1. ENVÍO DE ARTÍCULOS

El envío se realiza a través de la página web de la revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Pasos a seguir

El autor deberá ingresar los siguientes datos en el paso 3 del procedimiento de envío- (Introducción de los metadatos de envío):

- 1.- Título en portugués y en español;
- 2.- Nombre de cada autor, seguido de su afiliación institucional y título por ocasión de sometimiento del trabajo;
- 3.- Dirección electrónica para correspondencia de trámites de artículos, incluyendo fax, teléfono.

Además, el autor deberá incluir un breve currículum vitae en la sección Resumen biográfico en el campo correspondiente del sistema, que no sobrepase 50 palabras, ya que éste es incorporado en la publicación mediante uso de llamada. Se debe indicar también la actual afiliación institucional.

En caso de recibir apoyo financiero, colaboración de colegas y técnicos (por ejemplo: trabajo anteriores presentados en eventos, derivados de tesis o disertación, recopilación de datos efectuados en instituciones distintas de aquella informada en la afiliación, y otros

hechos de difusión éticamente necesarios) deberá indicarse en un párrafo especial con esta finalidad. **Esos datos NO DEBERÁN CONSTAR EN EL CUERPO DEL TRABAJO.**

Al finalizar el envío el sistema asigna un código identificadorio (Id.) al artículo recién subido mediante el cual el autor seguirá el proceso de revisión.

2. FORMATO DE ENVÍO

El artículo debe ser enviado, de forma editable, en la extensión .doc; tamaño de hoja A4, con margen superior izquierdo 3 cm, inferior derecho 2 cm.

En el formato original será usada la tipografía “Times New Roman”, tamaño 12, estilo normal y justificado. Interlineado 1,5; sin espacio entre párrafos. Los párrafos iniciales a 1,25 cm. de sangría.

El original debe contener un mínimo de 15 (quince) páginas y **no debe exceder las 20 (veinte) páginas**, incluyendo el título, resumen, desarrollo, referencias bibliográficas, cuadros, gráficos e imágenes si los tuviera.

En caso de que el artículo contenga cuadros o gráficos estadísticos, éstos deben tener un título en el cuerpo del artículo en “Times New Roman”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un archivo de planilla electrónica.

En caso de que el artículo contenga imágenes, deben tener un título en el cuerpo del artículo en “Times New Roman”, tamaño 10, estilo normal. Se solicita enviar los mismos en un formato de edición de imágenes (JPG, TIF, GIF, PNG) con una altura mínima de 700 px, con una resolución de 300 ppp.

Estos archivos deberán subirse en el “Paso 4 Subir fichero complementario” durante el proceso de envío del artículo.

3. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

La estructura del artículo debe contener:

Título: en el idioma original del texto y traducción fiel al otro idioma de la revista (si el texto original es en español, la traducción deberá ser al portugués y viceversa). No debe exceder las 20 palabras, expresando el contenido principal del trabajo de manera objetiva y clara. El equipo editor se reserva el derecho de hacer ajustes sobre el mismo.

Notas aclaratorias: cuando correspondan al título debe insertarse al final de la página con llamada de *.

Resumen: en español y portugués, consiste en una secuencia de frases concisas y objetivas que den una idea general del artículo; y en su conjunto, no deben pasar las 250 palabras en cada idioma.

Palabras clave: en portugués y en español, deben señalarse entre 3 a 5 palabras representativas del contenido del trabajo que se ubicarán

después del resumen, separadas por coma precedida de la expresión “Palabras clave o Palavras-chave”.

Cuerpo del artículo: deberá constar con la siguiente estructura: INTRODUCCIÓN, DESARROLLO, CONCLUSIÓN. El DESARROLLO puede subdividirse.

El desarrollo del artículo será numerado con número arábigo comenzando la Introducción con el número 1.

El texto que desee resaltarse dentro en un párrafo deberá escribirse en *letra cursiva*, sin utilizar en ninguna parte negrita o subrayado.

Las notas deben insertarse al final de cada página, sin sangría, letra “*Times New Roman*”, tamaño 10, con numeración secuencial iniciando con el número 1 en el cuerpo del artículo. Serán para uso de notas aclaratorias del texto y de citas-notas.

Citas directas

Las citas directas que pasen de 3 (tres) líneas deben iniciar en un nuevo párrafo con distinto margen, en letra “*Times New Roman*” 10, espaciado simple y debe terminar en el margen derecho. Las comillas deben ser suprimidas y debe dejarse una línea en blanco antes y después de la cita.

Citas en notas

Se utilizará el sistema cita-nota, insertando un número como exponente tras cada cita que reenvía a la nota. Estas notas pueden contener citas o referencias de las citas. Un número de nota se utiliza para cada cita o cada grupo de citas; la nota correspondiente puede citar a más de un documento.

a) Primera cita

La primera cita a un documento debe contener los elementos necesarios para asegurar la correspondencia exacta entre la cita y la entrada apropiada dentro de la lista de referencias bibliográficas.

La primera cita debe comprender como mínimo el o (los) nombre (s) de los autores y el título completo, tal como aparecen dentro de la referencia bibliográfica seguidas de números de páginas citadas, si es necesario.

Si el o los autores y el título no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá los elementos suplementarios (edición, año de publicación, etc.) necesarios para asegurar la correspondencia exacta con la referencia.

Ejemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão

subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citas en notas de pie de página:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. *Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren*, p. 568-569.
2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREÜTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda cita y las siguientes

Si un documento es citado varias veces, las citas siguientes reciben números diferentes.

La segunda cita de un documento y las siguientes pueden ser reducidas al o a los nombres de los autores y a un título resumido, seguido una de las siguientes abreviaturas según corresponda:

Op. Cit.: *Obra citada*. Se usa cuando se vuelve a referirse a una cita ya mencionada pero no consecutiva y cuando corresponde a diferentes páginas. Se repite el apellido y nombre del autor/es seguido de Op. Cit. y el número de página.

Si el o los autores no fueran suficientes para diferenciar las entradas dentro de la lista de referencias bibliográficas, la cita incluirá el título de la publicación citada.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.
7.
15.
16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que la referencia anterior*. Se utiliza cuando la cita

actual proviene de la misma obra y de la misma página que la cita inmediatamente anterior.

Ejemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La "cláusula ambiental" en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: *En el mismo lugar.* Se usa para evitar la repetición de la cita anterior en caso de que se tratase de una página diferente, pero de la misma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La "cláusula ambiental" en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24.

Agradecimientos: en caso de ser necesario, con un máximo de 20 palabras, al final del artículo y antes de las referencias bibliográficas.

Referencias bibliográficas: se incorporarán al final del artículo, bajo el título **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS** donde deberán incluirse los trabajos citados en el cuerpo del texto. Se utilizará el formato ISO 690 e ISO 690-2 y serán ordenadas alfabéticamente por apellido de los autores.

PUBLICACIONES IMPRESAS

- LIBROS

APELLIDOS, Nombres. *Título del libro –en cursiva–*. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación.

La mención del número de edición se realiza a partir de la segunda edición.

Un autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dos autores

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

Más de dos autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y*

convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordinador, compilador, organizador de un libro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos los casos utilizar (ed) o (eds) según sea uno o más autores.

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalía, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título de la revista–en cursiva-, lugar de publicación, vol, número. Año de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas”. *Título de la revista –en cursiva-*. año de publicación,

vol, nº o tomo, página inicial y final del artículo.

Un autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dos autores o más autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas”. *Título del periódico–en cursiva–*. Fecha de publicación, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESIS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor. “Título –entre comillas–” [Tipo de documento]. Orientador. Institución académica en la que presenta. Lugar, año.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva–*. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almería: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva– (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudios de derecho internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO

APPELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas-”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva-* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de Vasconcelos. “A apropriação da cultura pelos estados nacionalistas nos fins do século XIX. Uma hipótese: a utilização da cultura como fator de análise das relações internacionais”. En: *Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). Estudios de derecho internacional: anai. MENEZES, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X. p. 224-230.

- LEGISLACION

Ley

País. Título. *Publicación oficial en la que se publica*, fecha de publicación, número, páginas.

ESPAÑA. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de julio de 2011, núm. 180.

Tratados

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en Asunción, República del Paraguay, el 26 de marzo de 1991.

Protocolo

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002.

Decisión

MERCOSUR. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 40/00. Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas*, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

Jurisprudencia de tribunales nacionales

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

Jurisprudencia de tribunales internacionales

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible en: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

- LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres *Título del libro –en cursiva–* [en línea]. Número de edición. Lugar de publicación: Editorial, año de publicación [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección de la página>

Un autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [en línea]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [fecha de consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponible en: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/ PDF/MONGE_NA.PDF>

Más de un autores

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.; (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [en línea]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponible en: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. *World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development* [en línea]. Ginebra: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponible em:

<http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>

- CAPÍTULO DE UN LIBRO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*[en línea]. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. Página inicial y final del capítulo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título del capítulo del libro –entre comillas-”. En: APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres de/los editor/es del libro seguido de la abreviación entre paréntesis (ed) o (eds) según el caso. *Título del libro –en cursiva-*[en línea]. Número de la edición. Ciudad de publicación: Editor, año de publicación. (nombre la colección o serie y el volumen o número del mismo) [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

- REVISTAS

Título de la revista–en cursiva- [en línea]. lugar de publicación, vol, número. Año de publicación [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

BUSINES review [en línea]. New York, vol 25, n° 10. 1993 [consultado 3 de mayo de 2012]. Disponible en: <<https://hbr.org/>>

- ARTÍCULO DE REVISTA

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres. “Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título de la revista –en cursiva-* año de publicación, vol, n° o tomo, página inicial y final del artículo [fecha de la consulta]. Disponible en: <dirección web>

Un autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [en línea]. *Economíaunam* 2004, vol 1, n° 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

- ARTÍCULO DE PERIÓDICO

“Título del artículo –entre comillas” [en línea]. *Título del periódico– en cursiva-*. Fecha de publicación. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [en línea]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [fecha de consulta: 18/02/2015]. Disponible em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>

- INFORMES

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. *Título del informe –en cursiva-*[en línea]. Lugar de publicación: editorial, año. (Tipo de informe) [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

- CONFERENCIAS O CONGRESOS (ACTAS)

Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva- (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PONENCIA PRESENTADA EN UN CONGRESO

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo. “Título de la ponencia –entre comillas-”. En: *Nombre del congreso, conferencia o reunión en cursiva-* (número de la conferencia, fecha y lugar de realización –entre paréntesis-) Título del acta [en línea]. Responsabilidad secundaria. Lugar de publicación: editorial, año. p. inicial-final. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>.

- PÁGINA WEB

APELLIDOS –en mayúsculas-, Nombres del autor del capítulo o NOMBRE DE LA INSTITUCIÓN –en mayúsculas-. “Título de la página Web” [en línea]. Fecha de revisión/actualización si consta en la página. [fecha de consulta]. Disponible en: <dirección web>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [em linha]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>

NORMA EDITORIAL

APRESENTAÇÃO

Como surgiu a Revista

A Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão é um espaço criado pela Secretaria do TPR para a publicação de artigos acadêmicos que tratem de temas ligados ao direito, como regionalismo, integração, organizações internacionais e, em especial, ao direito do MERCOSUL.

Os idiomas da Revista são os idiomas oficiais do MERCOSUL: espanhol e português. A frequência da publicação é semestral.

Temas e alcance

Embora o projeto tenha como finalidade central a difusão do direito do MERCOSUL, a publicação não se restringe ao direito da organização regional. Podem integrar o projeto produções acadêmicas que tratem de ramos do direito relacionados de alguma maneira com o marco jurídico mercosulino, como o direito internacional geral, o direito internacional econômico e o direito da integração.

Sistema de avaliação

Os trabalhos apresentados à Revista são analisados por um conselho técnico, sob a modalidade double blind review, isto é, de forma anônima. Os membros do conselho técnico são professores, estudiosos e investigadores do direito, com notável trajetória acadêmica e possuem plena liberdade para criticar, revisar, aprovar e reprovar os artigos submetidos. Sua identificação é reservada e considera-se o parecer emitido como se fosse da Revista.

Os artigos deverão ser inéditos, de rigor científicos e não representam, em nenhuma hipótese, a opinião do TPR quanto aos temas abordados. Os artigos são submetidos a programas de detecção de plágio. Se o programa detecta citações bibliográficas que não foram referenciadas corretamente, o trabalho não é publicado.

No que se refere à forma, os artigos devem atender a critérios e requisitos estabelecidos nesta norma editorial. Tais critérios de formato constituem, em conjunto com a análise de conteúdo, condição essencial para sua publicação. Portanto, passará pela consideração da Equipe Editorial a revisão dos requisitos formais, a fim de avaliar o cumprimento dos critérios fixados.

Gratuidade da publicação

A revista não tem fins lucrativos.

O envio e a publicação dos artigos não estão sujeitos a nenhum custo.

O conteúdo publicado está totalmente disponível online de forma gratuita.

Crítérios gerais para a aceitação de artigos

Os artigos serão inéditos, de rigor científico e não representam em nenhuma hipótese a opinião do TPR quanto aos temas abordados.

A revista reserva-se todos os direitos legais de reprodução de conteúdo.

O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. Esse processo se concretiza mediante a assinatura de carta de cessão de direitos por parte do autor. O envio de artigos se dará exclusivamente por meio da plataforma da revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Em nenhuma hipótese serão recebidos artigos por outro meio de comunicação.

Conflito de interesses: qualquer interesse de autores, revisores e editores que possa influenciar a elaboração ou avaliação de um artigo deve ser declarado para a identificação de possíveis conflitos de interesse. Uma vez reconhecido o conflito de interesse, o artigo será rejeitado.

Índices

Atualmente a RSTPR é membro do CrossRef, e está indexada nas seguintes bases de dados: Latindex, DOAJ, SciELO, Qualis Capes categoria B1 e REDIB.

1. ENVIO DO ARTIGO

O envio se realizada através do site da Revista: <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>

Passos a seguir

O autor deverá informar os seguintes dados no passo 3 do procedimento de envio (inclusão de metadados):

- 1.- Título em português e em espanhol;
- 2.- Nome de cada autor, acompanhado de filiação institucional e título ao tempo da submissão do trabalho;
- 3.- Contatos como endereço eletrônico (e-mail), fax e telefone para correspondência com a Equipe Editorial.

Além disso, deve-se incluir um breve currículo vitae no campo correspondente no sistema, o qual não deve ultrapassar 50 palavras, já que esta será incorporado à publicação em nota. Fundamental se faz a indicação da atual afiliação institucional.

Deve-se incluir um breve *curriculum vitae* na seção Resumo Biográfico do sistema, que não ultrapasse 50 palavras.

No caso de haver necessidade de reconhecimento a apoio financeiro, colaboração de colegas ou outros (por exemplo: trabalhos anteriores apresentados em eventos, derivados de tese ou dissertação, recopilação de dados efetuados em instituições distintas daquela informada na

filiação e outros fatos, cujo informe seja eticamente necessário), sua indicação deverá ser realizada em parágrafo próprio. Esses dados **NÃO DEVERÃO CONSTAR DO CORPO DO TRABALHO.**

Finalizado o envio, o sistema designa um código de identificação (id.) ao artigo recém remetido. Com esse código, o autor acompanhará o processo de avaliação.

ATENÇÃO: O envio de artigos pelo autor implica autorização para sua publicação na Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão. O envio será efetuado exclusivamente através do site da Revista <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr>.

Em nenhuma hipótese, serão recebidos artigos por outro meio de comunicação.

2. FORMATO DE ENVIO

O artigo deve ser encaminhado, em formato modificável, na extensão *.doc*; folha A4, com margem superior esquerda a 3cm, inferior direita, 2cm. A fonte é Times New Roman, tamanho 12, estilo normal e justificado. Espaçamento entre linhas de 1,5; sem espaço entre os parágrafos. O início dos parágrafos a 1,25 cm.

O original deve conter no mínimo 15 (quinze) páginas e não deve ultrapassar 20 (vinte) páginas, incluindo título, resumo, desenvolvimento, referências bibliográficas, quadros, gráficos e imagens, se tiver.

Em caso de o artigo conter quadros ou gráficos estatísticos, esses devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar o(s) mesmo(s) em um arquivo de planilha eletrônica à parte.

Em caso de o artigo conter imagens, essas devem ter um título no corpo do texto em Times New Roman, tamanho 10, estilo normal. Solicita-se enviar a(s) mesma(s) em um formato de edição de imagens (JPG, TIF, GIF, PNG) com altura mínima de 700 px e resolução de 300 PPP.

Tais arquivos deverão ser carregados no passo 4 (transferência de documentos suplementares) durante o processo de envio do artigo.

3. ESTRUTURA DO ARTIGO

A estrutura do artigo deve conter:

Título: no idioma original do texto e tradução fiel ao outro idioma da Revista (se o texto original estiver em espanhol, a tradução deverá ser em português e vice-versa). Ele não deve exceder 20 (vinte) palavras, expressando o conteúdo principal do trabalho de maneira objetiva e clara. A equipe editorial se reserva o direito para promover ajustes sobre o mesmo.

Notas esclarecedoras: do título deve incluir-se ao final da página com o símbolo de *.

Resumo: em espanhol e português, de uma forma e sequência de frases concisas e objetivas que deem uma ideia geral do artigo; em seu conjunto, não devem ultrapassar 250 (duzentas e cinquenta) palavras.

Palavras chave: em português e em espanhol, devem apontar entre 3 e 5 palavras representativas do conteúdo do trabalho. Estarão dispostas depois do resumo, precedidas da expressão “Palabras clave ou Palavras-chave”, separadas entre vírgula.

Corpo do artigo: Deverá contar com a seguinte estrutura: Introdução, desenvolvimento e conclusão. O desenvolvimento pode ser subdividido. .

O desenvolvimento do artigo será numerado com número arábico, começando pela Introdução com o número 1 (um).

O texto que se deseje resalta dentro de um parágrafo deverá ser escrito em *itálico*, sem utilizar em nenhum trecho em negrito ou sublinhado.

As notas deve ser inseridas ao final de cada página, sem sangria, letra “Times New Roman”, tamanho 10, com numeração sequencial iniciando com o número 01 no corpo do artigo. Deverão servir para o esclarecimento do texto e de citações.

Citações Diretas:

As citações diretas que passem de 3 (três) linhas devem iniciar em um novo parágrafo, com margem distinta, em Times New Roman, 10, espaçamento simples e devem terminar na margem direita. As aspas devem ser suprimidas e deve-se deixar uma linha em branco antes e outra depois da citação.

Citações em notas

Utiliza-se o sistema citação-nota, inserindo-se um número como expoente logo de cada citação que faz a referência à nota. Estas notas podem conter citações ou referências a citações. Um número de nota deve ser utilizado para cada citação ou cada grupo de citações. A nota correspondente pode fazer referência a mais de um documento.

a) Primeira citação

A primeira citação de um documento deve conter os elementos necessários para assegurar a correspondência exata entre a citação e a entrada adequada dentro na lista de referências bibliográficas.

A primeira citação deve contar com, no mínimo, o (ou os) nome (s) do (dos) autor (es) e o título completo, tal como aparecem nas referências seguidas dos números das páginas citadas, caso necessário.

Caso o (ou os) nome (s) do (s) autor (es) não sejam suficientes para diferenciação na lista de referências, a citação deverá incluir os elementos suplementares (edição, ano de publicação, etc.) necessários para assegurar a correspondência exata com a referência.

Exemplo:

Texto:

Ainda assim, o art. 21 Regulamento 650/2012 pressupõe que cada pessoa tenha uma residência habitual. Pois um ponto de conexão subsidiário – como, por exemplo, a presença fática¹ – não é encontrado na norma. Além disso, o Considerando 24, frases 3 e 4, contempla este caso, mencionando que, sob estas circunstâncias, a nacionalidade da pessoa ou o local da situação dos seus principais bens poderiam ser “um fator especial” na apreciação de todas as circunstâncias fáticas. Desta maneira, o legislador europeu dá a entender que, para fins do Regulamento 650/2012, uma pessoa sem residência habitual não existe².

Citações em notas de rodapé:

1. VON BAR, Christian; MANKOWSKI Peter. Internationales Privatrecht Band I – Allgemeine Lehren, p. 568-569.

2. Em sentido divergente, KUNZ Lena. “Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick (Teil 1)”. *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. 2012, vol 3, p. 208-210, afirmando que podem existir casos nos quais a residência habitual é indeterminável. Sem posição manifesta, com base na Proposta do Regulamento; SCHURIG Klaus. “Das internationale Erbrecht wird europäisch – Bemerkungen zur kommenden Europäischen Verordnung”. Em: BERNREÜTHER, Jörn; FREITAG, Robert; LEIBLE, Stefan; SIPPEL, Harald; WANITZEK, Ulrike. *Festschrift für Ulrich Spellenberg*. 2010. p. 343, 346.

b) Segunda citação e as seguintes

Caso um documento seja citado várias vezes, as citações seguintes recebem números diferentes.

A segunda citação de um documento e as seguintes podem ser reduzidas a (ou aos) nome (s) do (s) autor (es) e a um título resumido, sendo uma das seguintes abreviaturas possíveis:

Op. Cit.: *Obra citada*. Usa-se quando refere-se novamente a uma citação já mencionada, mas não de forma consecutiva e quando corresponda a diferentes páginas. Repetem-se o sobrenome e o nome do (s) autor (es) seguido de Op. Cit. E do número de página.

Se o (ou os) autor (es) não forem suficientes para diferenciar as entradas na lista de referências, a citação deverá incluir o título da publicação citada.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7.

15.

16. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. Op. cit., p. 84.

Ídem.: *Igual que a referencia anterior.* Utiliza-se quando a citação atual deriva da mesma obra e da mesma página que a da citação imediatamente anterior.

Exemplo:

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. Ídem.

Ibíd.: *No mesmo lugar.* Utiliza-se para evitar a repetição de uma citação anterior no caso de que se trate de uma página diferente, mas na mesma obra citada.

6. DRNAS DE CLEMENT, Zlata. *La “cláusula ambiental” en el MERCOSUR*, p. 8.

7. *Ibíd.*, p. 24.

Agradecimentos: em caso de necessidade, deve contar, no máximo, com 20 palavras, ao final do artigo e antes das referências bibliográficas.

Referências bibliográficas: devem ser incorporadas ao final do artigo, sob o título **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**, onde deverão ser inseridos os trabalhos citados no corpo do texto: Os formatos ISO 690 e ISO 690-2 devem ser utilizados e os autores deverão ser ordenados em ordem alfabética.

PUBLICAÇÕES IMPRESSAS

- LIVROS

SOBRENOME–em maiúsculas– Nomes. *Título do livro* –em *itálico*–. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação

A menção do número da edição se realiza a partir da segunda edição.

Um autor

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Dois autores

KISS, Alexandre e SHELTON Dinah. *Guide to international environmental law*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2007.

Mais de dois autores

MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl y GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia. *Derecho Internacional Publico*. Buenos Aires: Zavalía, 1997.

Autor corporativo

PARAGUAY. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. *Compilación de tratados de derecho internacional privado suscritos en el sistema interamericano entre 1888 y 1994: tratados de Montevideo y convenciones interamericanas sobre derecho internacional privado*. Asunción: CSJ, 1998.

Editor, coordenador, compilador, organizador de livro

HOWARD, Michael; ANDREOPOULOS, George; SHULMAN, Mark(eds). *The Laws of War: constraints on warfare in the Western World*. New Haven, London: Yale University Press, 1994.

Para todos os casos utilizar (ed) ou (eds) conforme seja um ou mais autores.

- CAPÍTULO DE LIVRO

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (ed) conforme seja o caso. *Título do livro –em itálico-*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia; SCOTTI, Luciana Beatriz. “¿Soberanía o crisis de la Lex Mercatoria?”. En: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia (ed). *Derecho internacional privado y de la integración*. Buenos Aires: La Ley, 2011.p. 543-559.

- PARTE DE UNA COLECCIÓN DE LIBROS

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do autor. “Título do capítulo do livro”. Em SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes do(s) editor(es) do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (ed) conforme seja o caso. *Título do livro – em itálico -*. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. p. inicial-final. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo).

DREYZIN DE KLOR, Adriana; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (ed). *Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Zavalia, 2005. (DeCITA 03.2005).

- REVISTAS

Título da revista–em itálico-, cidade de publicação, vol, número. Ano de publicación

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993.

- ARTIGO DE REVISTA

SOBRENOME –em maiúsculas- Nomes. “Título do artigo”. *Título da revista –em itálico*. Ano de publicação vol, nº ou tomo, p. inicial-final.

Um autor

LACERDA, Antônio Corrêa de. “Investimentos diretos estrangeiros e políticas de desenvolvimento”. *Revista Administração em Diálogo*. 2003, nº 5, p. 11-18.

Dois autores o mais de dois autores

SARTI, Fernando e LAPLANE, Mariano F. “O investimento direto estrangeiro e a internacionalização da economia brasileira nos anos 1990”. *Revista Economia e Sociedade*. 2002, vol 11, nº 1, p. 63-94.

- ARTIGO DE PERIÓDICO

“Título do artigo – entre aspas”. *Título do periódico – em cursiva* -. Data da publicação, página

“Informe de IPA confirma situación de crisis hídrica en región norte”. *Diario Cambio*. 30 dez 2014, p. 14

- TESE

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo. “Título – entre aspas” - [Tipo de documento]. Orientador. Instituição acadêmica. Lugar, ano.

VILLAR, Pillar Carolina. “A busca pela governança dos aquíferos transfronteiriços e o caso do aquífero guarani”. [Tese de doutorado]. Orientador: Wagner Ribeiro. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

- RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúscula -, Nomes do autor do capítulo. *Título do relatório – em cursiva* -. Lugar de publicação: editora, ano. (Tipo de relatório)

GUIRARDO ROMERO, Nuria. *Proyecto de conservación y recuperación de una especie amenazada*. Almeria: s.n, 1988. (Informe técnico de la Dirección General del Medio Ambiente).

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da

conferência, data e lugar de realização – entre parênteses -) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar da publicação: editora, ano.

Congresso Brasileiro de Direito Internacional (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. Menezes, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X.

- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva*- (número da conferência, local e data da realização –entre parênteses-) Título dos anais. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano, vol. p. inicial-final.

ALMEIDA, Guilherme de Vasconcelos. “A apropriação da cultura pelos estados nacionalistas nos fins do século XIX. Uma hipótese: a utilização da cultura como fator de análise das relações internacionais”. En: *Congresso Brasileiro de Direito Internacional* (5º, 2007). Estudos de direito internacional: anai. MENEZES, Wagner (ed). Curitiba:Juruá, 2007, vol. X. p. 224-230.

- LEGISLAÇÃO

Lei

País. Título. *Publicação oficial em que se publicou, data da publicação*, número, páginas.

ESPAÑA. Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de julio de 2011, núm. 180.

Tratados

MERCOSUR. *Tratado de Asunción*, firmado en Asunción, República del Paraguay, el 26 de marzo de 1991.

Protocolo

MERCOSUR. *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR*, firmado en Olivos, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, el 18 de febrero de 2002.

Decisão

MERCOSUR. *Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 40/00.*

Convenio de cooperación entre los bancos centrales de los Espados Partes del MERCOSUR para la prevención y reposición de maniobras tendientes a la legitimación de activos provenientes de actividades ilícitas, firmada en Florianópolis-SC, República Federativa del Brasil, el 14 de diciembre de 2000.

Jurisprudência dos tribunais nacionais

ESPAÑA. TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Civil, Sección 1ª). *Sentencia núm. 544/2011*, de 27 julio.

Jurisprudência dos tribunais internacionais

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Sección 2ª). *Caso Capriati contra Italia*. Sentencia de 26 julio 2011.

TRIBUNAL PERMANENTE DE REVISIÓN DEL MERCOSUR. *Caso Procedimiento Excepcional de Urgencia solicitado por la República del Paraguay en relación con la suspensión de su participación en los órganos del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y a la incorporación de Venezuela como miembro pleno*. Laudo 01/2012 del 21 de julio de 2012 [online]. [fecha de consulta: 3 de enero de 2015]. Disponible em: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/laudos/Laudo_01_2012_es.pdf>.

PUBLICAÇÕES ELETRÔNICAS

- LIVROS

SOBRENOME—em maiúsculas- Nomes. *Título do livro –em itálico–* [online]. Lugar de publicação: Editora, ano de publicação [data da consulta]. Disponível em: <endereço da página>.

Um autor

MONGE-NARANJO, Alexander. *The Impact of NAFTA on Foreign Direct Investment flows in Mexico and the Excluded Countries* [online]. s.l: Department of Economics. Northwestern University, 2002 [data da consulta 30 de diciembre de 2014]. Disponível em: <http://web.worldbank.org/archive/website00894A/WEB/PDF/MONGE_NA.PDF>

Más de un autores

BURREL, A.; FERRARI, E.; GONZÁLEZ MELLADO, A; HIMICS, M.; MICHALEK, M.; SHRESTHA, S.; VAN DOORSLAER, B.; (2011) *Potential EU-Mercosur free trade agreement: impact assessment. Volume 1: main results*. Luxembourg: European Union [online]. Luxembourg: European Union, 2011 [fecha de consulta: 21 de octubre de 2012]. Disponível em: <http://www.redeagro.org.br/images/stories/vol%201_main%20results_jrc67394.pdf>

Autor corporativo

UNCTAD. World Investment Report 2011: non-equity modes of international production and development [online]. Genebra: UN Publications, 2011 [acceso 28 de marzo de 2014]. Disponível em: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2011_en.pdf>

- CAPÍTULO DE LIVRO

SOBRENOMES – em maiúsculas-, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas -”. En: SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parênteses (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva-* [online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. Página inicial e final do capítulo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

- PARTE DE UMA COLEÇÃO DE LIVROS

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título do capítulo do livro – entre aspas-”. En: SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do/s editor/es do livro seguido da abreviação entre parêntesis (ed) ou (eds) conforme o caso. *Título do livro – em cursiva* -[online]. Número da edição. Cidade de publicação: Editor, ano de publicação. (nome da coleção ou série e o volume ou número do mesmo) [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

- REVISTAS

Título da revista– em cursiva- [online], lugar de publicação, vol, número. Ano de publicação [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

BUSINES review, New York, vol 25, nº 10. 1993 [acessado 3 de mayo de 2012]. Disponível em: <<https://hbr.org/>>

- ARTIGOS DE REVISTA

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes. “Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título da revista – em cursiva* - ano de publicação, vol, nº ou tomo, página inicial e final do artigo [data da consulta]. Disponível em: <endereço web>

Um autor

GUTIERREZ–HACES, Teresa. “La Inversión Extranjera Directa en el TLCAN” [online]. *Economíaunam* 2004, vol 1, nº 3, p. 23-42 [consulta 5/12/2014]. Disponible en: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/ecu/article/view/2814>>

- ARTIGO DE PERIÓDICO

“Título do artigo – entre aspas” [online]. *Título do periódico – em cursiva* -. Data de publicação. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

“Crisis hídrica en Mendoza: otro año en el que escasea el agua” [online]. *Diario UNO*. 31 oct 2014. [acceso 28 de marzo de 2014 18/02/2015]. Disponível em: <<http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Crisis-hidrica-en-Mendoza-otro-ao-en-el-que-escasea-el-agua-20141031-0036.html>>

- RELATÓRIOS

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. *Título do relatório – em cursiva* -[online]. Lugar de publicação: editora, ano. (Tipo de relatório) [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

- CONFERÊNCIAS OU CONGRESSOS (ANAIS)

Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva- (número da conferência, data e lugar de realização – entre parêntesesv-) Título dos anais [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

- APRESENTAÇÃO DE TRABALHO EM CONGRESSO

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo. “Título da apresentação – entre aspas -”. En: *Nome do congresso, conferência ou reunião em cursiva*- (número da conferência, data e lugar de realização – entre parênteses-) Título dos anais [online]. Responsabilidade secundária. Lugar de publicação: editora, ano. p. inicial-final. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

- PÁGINA WEB

SOBRENOMES – em maiúsculas -, Nomes do autor do capítulo ou NOME DA INSTITUIÇÃO – em maiúsculas -. “Título da página Web” [online]. Data de revisão/atualização se consta da página. [data de consulta]. Disponível em: <endereço web>

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. “Declaração conjunta Brasil-Paraguai” [online]. [acesso 07/02/2015]. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1971/b_52/>

Versión online finalizada
en mayo de 2016.

Versión impresa finalizada
en mayo de 2016.

El Tribunal Permanente de Revisión (TPR) comprende a los Árbitros –art. 18 Protocolo de Olivos (PO)– y a la Secretaría del Tribunal (ST) –art. 35 CMC/DEC N°37/03, GMC/RES N° 66/05 y GMC/RES N° 39/10.

El Tribunal está integrado por cuatro Árbitros titulares, uno por cada Estado miembro del MERCOSUR, por sus respectivos suplentes y por un Quinto Árbitro designado por unanimidad por los Estados.

La Secretaría del Tribunal (ST) está compuesta por un Secretario, designado por el Consejo del Mercado Común, y por cuatro áreas indispensables para el funcionamiento del TPR.

26 de marzo - Día del MERCOSUR

13 de agosto - Aniversario del TPR

O Tribunal Permanente de Revisão (TPR) compreende os Árbitros –art. 18 Protocolo de Olivos (PO)– e a Secretaria do Tribunal (ST) –art. 35 CMC/DEC N° 37/03, GMC/RES N° 66/05 e GMC/RES N° 39/10.

O Tribunal está composto por quatro Árbitros titulares, um nacional de cada Estado membro do MERCOSUL, por seus respectivos suplentes e por um Quinto Árbitro designado por unanimidade pelo Estados.

A Secretaria do Tribunal (ST) é composta pelo Secretário, designado pelo Conselho do Mercado Comum, e por quatro áreas indispensáveis ao funcionamento do TPR.

26 de março - Dia do MERCOSUL

13 de agosto - Aniversário do TPR



www.tprmercosur.org
www.revistastpr.com

Av. Mcal. López 1141 casi Gral. Melgarejo, “Villa Aucinera”, CP 1532

Asunción, República del Paraguay - Teléfono 595 (21) 221411

